

汉译世界学术名著丛书

古代法

〔英〕梅因著



汉译世界学术名著丛书

古代法

〔英〕梅 因 著

沈 景 一 译



商务印书馆

1996年·北京

汉译世界学术名著丛书

古 代 法

〔英〕梅因 著 沈景一 译

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

新华书店总店北京发行所发行

河北三河市艺苑印刷厂印刷

ISBN 7-100-01805-6/D·140

1959 年 2 月第 1 版

开本 850×1168 1/32

1996 年 7 月北京第 5 次印刷

字数 205 千

印数 10 000 册

印张 75.8 插页 4

定价: 9.20 元

汉译世界学术名著丛书

出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从五十年代起，更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作，同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。幸赖著译界鼎力襄助，三十年来印行不下三百余种。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑，才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值，为学人所熟知，毋需赘述。这些译本过去以单行本印行，难见系统，汇编为丛书，才能相得益彰，蔚为大观，既便于研读查考，又利于文化积累。为此，我们从1981年着手分辑刊行。限于目前印制能力，每年刊行五十种。今后在积累单本著作的基础上将陆续汇印。由于采用原纸型，译文未能重新校订，体例也不完全统一，凡是原来译本可用的序跋，都一仍其旧，个别序跋予以订正或删除。读书界完全懂得要用正确的分析态度去研读这些著作，汲取其对我有用的精华，剔除其不合时宜的糟粕，这一点也无需我们多说。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议，帮助我们在这套丛书出好。

商务印书馆编辑部

1983年5月

序

本書的主要目的，在扼要地說明反映于“古代法”中的人类最早的某些观念，并指出这些观念同现代思想的关系。如果没有像罗马法那样的一套法律，本文中企图进行的研究，多数将不能有丝毫希望达到有用的结果。因为在罗马法的最古部分中，有着最久远的古代事物的痕迹，而在其后期规定中，又提供了甚至到现在还支配着现代社会的民事制度资料。由于必须把罗马法当作一个典型的制度，这使著者不得不从其中采取了数目似不相称的例证；但他的本意并非在写一篇关于罗马法律学的论文，他并且尽可能竭力避免足以使其作品具有这样的外貌的一切论述。第三和第四章以一定篇幅用来说明罗马法学专家的某些哲学理论，这样做，有两个理由。第一，著者认为这些理论对世界的思想和行为，比一般所设想的有较为广泛、永久的影响。其次，这些理论被深信为是有关本书所讨论的各个问题直到最近还流行着的大多数见解的根源。对于这些纯理论的渊源、意义与价值，著者如不说明其意见，则其所承担的工作，将不能做得深入透澈。

亨利·梅因

导 言

有关法律的書籍，不論是古代法或現代法，并不常常能吸引很多的讀者；但十八世紀和十九世紀分別产生了一本著名的法律書籍，对当代的和以后的思想發展方向，有着深远的影响。孟德斯鳩(Montesquieu)的“论法的精神”(L'Esprit des Lois)是法国十八世紀最傑出的作品之一，它標誌着历史法律学上的一个重要阶段，虽然具有梅因在“古代法”(第五章)中所評論的某些偏頗之处。“古代法”在十九世紀执行了甚至更为重大的职能；真的，就英国而論，如果說現代历史法律学是随着这本书的出現而出生的，也不能謂言之过甚。

虽然在梅因的卓越的文体中所表达的，有一些也不能認為是普通的东西，但“古代法”中有相当部分，在过去七十年中，几乎是學習法律制度的学生所不可或缺的。为了要能体现它在当时是怎样一个独具見解的作品，我們有必要来回顧一下当时流行着的一些智力状态。

1758年时作为第一个佛尼林派教授(Vinerian Professor)的布拉克斯頓(Blackstone)进行了未有先例的試驗，他在牛津大学講授英国法律。当时，他不得不用法律研究是一个有教养紳士的一种适宜的职业，來說服他的听众；虽然甚至他自己或許也不会相信这是像猎狐一样一种非常紳士般的职业。七十年以后，約翰·奧斯丁(John Austin)在倫敦大学以法律学的吸引力与实利向其听众吹噓(結果收效很少)，同时却坦白地承認有許多心地寬厚的人們不願研習法律，主要是由于它所来自的渊源，其性质“令人可厭”。有一次，他这样写道，“我胆敢断言，在一个文明社会中，沒有

一套法律會像我們的那樣缺乏一致性和均稱性”。除了海爾(Hale)和布拉克斯頓外，沒有人曾把它作過有系統的闡明。過去，法律是根據有試驗必有錯誤的原則學習的：現在還活着的一些老法學家可以記得那樣一個時期，用一個著名的美國老法官——荷姆斯法官先生(Mr. Justice Holmes)——的話來描寫，法律只是一蕪袋的瑣細東西；真的，在某些開業律師中，贊成用這種純粹實驗的、听天由命的方法來精通法律的偏見，甚至到今天還沒有完全消除。

至於英國的法律史，不僅被忽視了，簡直是被蔑視了。例如，邊沁(Bentham)竟然建議——除了作為批判之外——完全不顧所有的先例而把英國法律全部重新寫過：對於他，甚至其最卓越的学生約翰·斯圖亞特·密爾(John Stuart Mill)也不得不說，“他寧願完全不顧過去的全部成就，而重新從頭寫起”。如果對於英國法律史的態度是這樣，那就可以想象到，對於外國制度或對於今昔法律現象的比較研究，又將會有怎樣輕蔑的感情了。

這種褊狹的心情，在對待羅馬法上，特別顯而易見。1816年尼布尔(Niebuhr)在維羅納(Verona)發掘到該雅士(Gaius)“法學教典”(Institutes)的手稿——這當然是學術史上最著名的發現之一：因為這篇論文不僅是我們對於古代羅馬法律甚至是我們對於雅利安(Aryan)法律一些最有啟發性的方面的唯一知識來源，並且在它寫成四百年後的一部不朽傑作查斯丁尼安(Justinian)的“法學階梯”(Institutes)曾根據其中極大部分作為編纂的范本。英國對這樣的重大事件漠不關心。在本書第九章中，可以看到梅因痛切地——最終是有效地——抗議“對羅馬法的無知，這是英國人欣然承認，且有時不以為恥地引以自誇的”。

但是，對於過去法律制度和政治制度中可以確定的事實，不願加以探究的情況，不獨英國如此。全歐洲有許多關於政治社會、自然法以及“自然狀態”的起源的假設，這些假設，從現代觀點看

来,似乎是很可笑,并且一点也不像历史上的事实,以致在今日,我們竟难于理解他們怎样会这样强有力地深入当时人們的想像的。我們必須耐心地、寬容地、并且也許謙遜地(否則将来我們自己的信念也将同样地成为毫无根据)牢記着梅因所說的“推理的錯誤的非常活力”。这使我們記起赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)的意見,即“一种思想体系在自杀以后,有可能精神煥發地到处流行”。十八世紀中流行着的关于政治起源的各种观念,在卢梭(Rousseau)的奇怪的假定中达到了極点,并且直到十九世紀中叶即使已瀕于死亡,却仍活着、呼吸着,但如果說这些观念在过去二千年的長时期中实在一无进步,那是不能說是言之过甚的。关于社会人的性質,同这些虛說諷喻同时流行的,另外有一种广泛傳佈的信念,認為政治历史是一些退化的而不是發展的故事,認為人类及其大部分的制度已从一个神秘地遙远的时代的較為幸福的状况中趋向衰頹。因此,既然恢复原始的天真状态已不可能,則我們为民族所能做的最好的工作就是珍惜地保存事物的現存秩序,至少要阻止它进一步墮落。

由于对历史的藐視,幸而它是同比較体面的动机相結合着的——一种动机是对于这种卓越的自然法的正当反应,另一种动机是要对法律概念的实質进行有系統分析的一种非常及时的願望——,就在英国产生了另一种法律理論,这主要同霍布斯(Hobbes)和奧斯丁有关,但和边沁也不无关系。这种理論,我們为了便利称它为法律与主权的命令說。它認為法律最突出的是一个在法律上有无限权力的主权者或“政治領袖”对一个臣民或“政治下屬”所頒發的不可抗拒的命令,后者既被假定为具有服从的習慣,就有絕對服从的义务。对于自然法或理想法中模糊的賞罰观念發生着怀疑,并且是正当地怀疑,它就集中其全部注意力于现实法的強制性質,至于它在历史上或倫理上的各种要素,則坚决不加考虑。这种

理論雖然在其他地方很少受到注意，但在英國直到現在仍舊常常被討論到；不過至少有一種意見是大家一致同意的，即它既然從法律學的領域中排斥了歷史的考慮，就使它陷入了一種根本的謬誤，即把一切法律制度都認為是以西歐的君主國家作為典型的。

對於這些傾向，不是沒有阻力的，這些阻力就存在於梅因的作品中。德國有一個馮·薩維尼(Von Savigny)，他是歷來最著名的法學家之一，他在十九世紀初期曾對十八世紀非歷史的思想習慣加以激烈的攻擊。雖然他對於國家法律與習慣並沒有真正找到一種科學的歷史的研究方法，但他提供了向這個方向努力的主要推動力量；他從事於法律學研究的精神，輝煌地表達在他自己的研究中，此種精神在以後就從來沒有被人們舍棄過，雖然其中有些誇張之處，隨著時間的變遷已有所變更。他在英國很少直接影響，就是曾在德國求學的奧斯丁，也常常反對他所提出的結論，並且我認為雖然沒有很多證據，足以證明梅因非常熟悉馮·薩維尼及其門徒的著作，但他是深知他們的觀點的一般要旨的，並且無疑地在實質上是同意這種觀點的。梅因可能從洛多爾夫·馮·伊葉林(Rodolf von Ihering) 在1858年出版的巨著“羅馬法精神”(Geist des römischen Rechts) 受到更加直接的影響。伊葉林在幾個重要問題方面，與薩維尼的觀點不同，但他肯定地主張把歷史方法用於法律學中。他也對羅馬法的研究帶來了一種新的和活潑的精神，與長期在德國壓制着羅馬法的無生氣的經院哲學派不同；有許多證據足以表明這對於梅因是一種真正的刺激，正像吉朋(Gibbon)對伊葉林同樣是一種刺激一樣。

“古代法”出現的時期，也是人類思想史上有最深遠影響的事件之一，即達爾文(Darwin)自然選擇原則形成的時期。“物種起源”(The Origin of Species)發表於“古代法”出版前兩年。在梅因的主要著作中，據我所知，只有一處直接提到了達爾文；在“古代法

律与習慣”(Early Law and Custom)第七章中,他認為达尔文从自然科学上提供了有利于父权制理論的証据。究竟梅因是否接受进化論的理論包括其全部含意在內,这是本文作者所不了解的,但梅因在历史法律学方面的著作自然地同十九世紀中叶广为傳佈的新的研究精神平列在一起,則是沒有疑問的。

关于这种“新學問”,就其对法律的影响而論,梅因的全部著作可以被認為是一种有生气的表現。他对那些不科学的缺乏批判的,被野蛮地但簡略地称为“先天主义”的那种很盛行的思想習慣,从不放松加以反对。他在“古代法制史”(The Early History of Institutes)(第十二講)中写道,“为英国法学家一般接受的各种历史理論,不但对于法律的研究有很大的損害,即使对历史的研究也是如此,因此,当前英国学术上最迫切需要增益的,也許是新材料的审查,旧材料的再度审查,并在这基础上把我們法律制度的来源及其發展,加以闡明。”对英国法律應該这样,对其他一般法律也同样應該这样。在“古代法”中,梅因对当时流行的政治純理論中最为旁若无人的、根深蒂固的某种“先天主义”給以第一次的攻击(这在他以后的著作中,常被重复地进行着)。例如,在第四章中的“‘自然平等’的教条”,第五章中的“幻想的‘自然状态’”,第八章中的“認為財產起源于單獨的个人对物質財富的‘占有’这毫无根据的觀點”,第九章中的“社会契約的夢囈”,沒有一個人曾像他那样恶毒地辱罵这些一度声势極盛的說教的严重錯誤。他說:这些有关“世界最古年代人类情况的描写受到这两种假設的影响,首先是假定人类并不具有今天圍繞着他們的大部分环境,其次,是假定在这样想像的条件下他們会保存現在刺激他們进行活动的同样的情緒和偏見”。至少对于英国,梅因可以說是已經改变了“自然”的面貌。

这种智力状态使梅因完全不可能接受霍布斯与奥斯丁的主权命令說;把它视为是一切法律的起源和性質的特征。这是在“古代

法”最初的篇幅中就加以说明的；并且他在十四年后出版的“古代法制史”最后两讲中更深入地加以发挥。奇怪的是，梅因虽然是奥斯丁最严格的批评者之一，但他把奥斯丁在法律分析上所作努力的真正成绩推荐给英国法学家，则有甚于任何人。奥斯丁在1828年所作的演讲，除了培养人才补足审判席缺额以外，似乎很少成就；他的演讲集在1832年出版时，依旧毫无影响；只是通过了梅因的各种著作和他在1852年对法学院所作的演讲才把这一热诚的、太过热诚的真理追求者所作耐性的但落空的努力，从湮没中援救出来。但是，虽然他对奥斯丁的分析天才比以后许多争论者给予更多的赞誉，但他对于把法律视为命令，并且只是命令这一个论点，却无疑地论证了它的缺点。

我在前面已经提到梅因对于英国人对罗马法的“极端无知”，提出了非难。1847年，他接受了剑桥大学民法学钦定讲座的教授职位，因为这个任命，使他得以专心研究古代法而获益不少。在关于罗马遗嘱(第六章)、法律诉讼(第十章)、家父权(第五章)以及罗马契约分类(第八章)等这些辉煌的纲要中，包含着许多新奇的东西，这些东西现在虽已毫不新奇，但在1861年它们都是很新奇的；我们必须指出其中也有许多到现在已成为有疑问的了，但是，对于并不熟悉专门的罗马法的读者，还不能在英文中找到一本书，能对那伟大法制中某些独特的制度，“像古代法”这样提供生气勃勃的说明，并且就罗马法对于欧洲人生活上和思想上几乎每一个部门所发生的巨大影响，现在当然还找不到比第九章中所作的更好的、更有说服力的描写。还不很熟悉这一切的读者，可以从吉朋所著“罗马帝国衰亡史”这一无比精辟的书的第四十四章中找到很适宜的补充材料。

梅因与进化论学派的密切关系，可以从他对于法律制度史中某种进步因素所具有的确实而决不空洞的信念，明白表现出来。

他完全意識到進步一字的含義含糊：在其無數警句之一中，他告訴我們：“對於人們，不論是個人或是集體，沒有東西比把他們的道德進步認作一個實體的現實性，更可厭惡的了”；他認為絕大部分人類往往對於任何有意識地努力改進民主制度表示漠不關心，對於這種現象，他表示大為驚奇（見第二章）。他从不懷疑，社會是明顯地向着一种穩健的堅實的方向前進的；這樣，在契約的發展史中，他發現了善意這個道德觀念的逐步出現，並且雖然從沒有停止和自然法非歷史性的謬論作鬥爭，但他依然在其中看到了一個可以促使改進的有力因素，以反對法律的保守主義的稟性，即認為法律是只能通過相當難以運用的如擬制、衡平和立法等權宜手段來改進本身的。他同樣清楚地認識到社會是天然地分為“進步的”和“不進步的”的——這種兩分法，相當於西方與東方的兩分法。他不願為“進步”的標準下一個定義；但在“古代法制史”中，他提出了至少兩種可能的區別標準——一種是有意識地採用對最大多數人給以最大幸福的原則作為立法政策，另一種是對待婦女地位的流行態度。有許多其他標準可以提出來討論；沒有一個可以不變地加以應用；但誰會懷疑，在進步的社會和不進步的社會之間確有不同，或是誰會認為，梅因在這樣相信了以後已作出了過分滿足的假設呢？

在進一步介紹“古代法”中某幾個時常引起爭論的部分以前，必須首先注意到本書的一個獨特之點。大多數人在對某一門科學作專門研究時，在發表（如果他們的确發表了）他們的一般結論前，必先就其各個細節，加以詳細研究，並可能要先加以說明。而梅因的做法，恰恰與此相反。在其第一本書中，他敘述了最粗糙的一般原理，而在他所有的后期作品中，除了二本比較不重要的之外，只是用了更詳細的和更明確具體的例證，以深入闡明他在開始其專業時所提出的各項原理。這種方法是大胆的，並不是毫無危險的：

除了对于事物的要点具有非常的直觉的理解力的人，采用这种做法，很难获得成功。学者們为了使其結論能达到精确无誤，一般对于概括是非常謹慎的，有时簡直是不健康地謹慎；但是对于“古代法”，如果真有任何成語与它联用得最最經常，那就是“輝煌的概括”这一个成語。在“古代法”中，很少有一頁沒有几句著名的警句，突出于字里、行間；可怪的是，梅因在經過長期的辛勤的进一步研究后，竟發現很少有必要就其最早的意見，进行修正。这本书充滿了淵博的知識，却没有表示博学的一般附屬物；究竟是由于政策，或是由于厭惡，还是由于无能，无论如何，梅因坚决拒絕采用似乎常常需要的旁注和詳細証据，以为其明白直率的主文的累贅。虽然其結果有时使經過專門訓練的讀者感到不便，但免除学术上的累贅，无疑地大大增加了“古代法”和梅因的其他一切著作的声望。我們享受着文字的乳汁，而不被迫目击挤乳的这种繁重的、有时候很辛苦的劳动，虽然在“东西方村落共产体”(Village Communities in the East and West, 1871年)、“古代法制史”(1875年)及“古代法律与習慣”(1883年)中都用了比“古代法”更正确的、更有批評眼光的考查以觀察古代法律中的各个問題，但梅因在“古代法”之后写的一些作品，都不及这个初生兒，甚至一半也及不到。

因此，“古代法”應該被認為好像是梅因畢生工作中的一个宣言書，这是雅利安民族各个不同支系，尤其是羅馬人、英国人、爱尔兰人、斯拉夫人以及印度人的古代法律制度的一个比較研究。由于它本身是一个令人滿意的統一体，它不能被視為仅仅是一篇緒論；不过，对于他粗糙地談到的許多問題，如果要获得更丰富的知識，讀者还必須借助于梅因的后期作品。例如第八章提到的村落共产体是一篇用同名的完整的(虽然是簡短的)論文的主題，由于当时那士(Nasse)和G. L. 丰·毛勒(G. L. von Maurer)的新近研究而引起的；关于父权家族的說明，当然應該以“古代法律与習慣”

为补充材料,这是梅因的最后一部重要著作,在其中,他用了同样的說服力和机智,乘便对主張母权制理論的几个主要代表人予以答复。在这里,由于篇幅的限制,难以就“古代法”中討論的各个題目,一一指出究竟在他后期作品中哪些地方曾詳加說明;但就主要的題目中,可以提出的有主权、集体财产的早期形式(其重要的一方面,即联合家族,在“古代法”中沒有提到,但在“村落共产体”和“古代法制史”中,都有詳尽的討論),封建制度化的过程,各种古代法典(例如在“古代法律与習慣”的第一章中,詳細叙述了“摩奴法典”),法学家〔特别是羅馬法学專家(Jurisprudentes)和爱尔兰“古代法官”〕在制成法律上所起的影响,原始的亲属关系,动产所有权〔关于第八章中所討論的要式交易物(resmancipi)更詳細的說明,可参考“古代法律与習慣”第十章〕,土地所有权,長子繼承权,拟制(例如,关于收养这个拟制的补充說明,可見“古代法制史”第八講和“古代法律与習慣”第四章),原始訴訟程序〔著名“戏剧化”的誓金(Sacramentum)可在“古代法制史”第九講中再度發現〕,强制执行的各种早期形式,祖先崇拜和家族聖物,以及衡平的發展等。

“古代法”中有許多部分,在后来成为批評或者有时是別人所不同意的主題,对于这些,只可浏览一过。在一般人的心目中,梅因的名字也許最容易同父权制的理論联系在一起。大家都知道,有一个以巴覺芬(Bachofen)〔他的“母权制論”(Das Mutterrecht)由于巧合,恰在“古代法”出版的同一年中出版〕、馬克林南(McLennan)、摩尔根(Morgan)、約瑟夫·庫勒(Josef Kohler)和法拉善(Frazer)为其主要代表人物的反对学派,主張人类社会以一个人羣开始,其中男女两性处于一种沒有节制的杂交状态中互相匹配,主張首先出現的家族集团是以母氏为中心的,并且主張以認定的生父的体力和独占禁忌占优势的家族集团,在發展的过

程中，應屬於一個較後的階段。而在“古代法”和“古代法律與習慣”的簡要研究中，顯然梅因所描寫的社会，既不是以“自然狀態中的人”也不是以母系子嗣，而是一個以父權的、宗親的家作為單位的社会。

但是，梅因所重新假設的這種共產體，從來沒有要被認為是人類社會淵源的代表之意。他的研究明白地限於雅利安民族，尤其是其中比較進步的幾個支系（但有顯著的例外，如印度村落共產體）；雖然在其他方面可能有些爭執，但雅利安家族制度主要是父權的，這是沒有爭議的。在“古代法律與習慣”中，梅因不但不主張人類種族的各個支系應該有一個單一的、一成不變的發展圖式，他並且毫無隱瞞地對這種想法表示着懷疑。現代學說所主張的，正和這個意見相同：現在認為，把父權制理論和母權制理論作為相互之間不能調和的對立物是完全人為的。男性和女性在家族中和社會上的相對重要性決定於許多變化着的情況，譬如各家族集團是孤立的還是互相鄰接的，男女兩性的相對人數，戰爭的影響，可用以贍養妻子的財富，滅嬰的習俗，以及許多其他類似的因素，決不可能在一切時代和一切地點，完全相同。即使在大量證據中僅僅熟悉其中一部分的人（或僅僅熟悉其中可靠部分的人，並且不包括梅因諷刺地稱之為“道聽途說”的人），現在也不再懷疑母系的安排曾流行於世界的許多地方。梅因曾被責難為在承認馬克林南和摩爾根所提出母權制的證據時過分勉強，並且過分嚴格地堅持着男性的體力和性的忌妒這些支配的因素。實際上，梅因完全承認父權制並不能適用於一切形式的社會；他所主張的，只是父權制是雅利安人所特有的，同時母權制的證據並不足以支持有一種原始羣雜交的通說而已。對於這兩種說法，現代的意見都支持着他；任何普遍的原始雜交的假設，現在為一般人所不信，雖然作為偶然的热情奔放的那種所謂性的共產主義，證據還是不少；在雅利安人中間確有母

权制的遺迹，但他們認為这很可能不是人类家族中这一支系的一种較古时期的原有情况，而是它同非雅利安种族習慣相接触的結果。

梅因的行文流暢，偶尔(但只是偶尔)也有自相矛盾之处，这是不能毫无保留地加以接受的。这类矛盾在“古代法”最初的篇幅中就可以看到，在第一章中，关于半司法的、半宗教的 *θέμιτες* 竟得出了在原始社会中“判决先于習慣”的結論。在“村落共产体”中，梅因回到了“主权者有权創造習慣”。在这个問題上，有两种不同信念的学派，一派主張在最古时期高級官吏的宣告只是宣佈业已存在的習慣，另一派則認為这些宣告却真正是創設和塑造通俗慣例的决定因素。真相似乎是在这两种相反的观点的中間。毫無疑問，早期的判决，不論是国王的或是祭司的，不論是純粹世俗的或是幻想为神灵所啓示的，在确定習慣的形式、範圍以及方向上，确有很大的影响。同时，一切証据似乎都說明，最古时期的司法职能被認為是以發現現存的法律为其主要目的。在西方世界，到处都有关于这种“發現法律”以及以發現法律为專职的公認專家的各种記錄。甚至在解釋过程中采用了(这也常是必然的)新的成分，在这种情况下，实际上已从單純的宣佈进入了創設的时期，甚至在这种时候，这种改革仍旧被装扮成只是發現：正像英国法官在實質上是把新的成分轉入到法律中去，却仍旧尽可能地把它們說成是根据于現存的先例一样。梅因对于这种看法，曾經詳細考虑而加以同意，因为在“古代法律与習慣”(第六章)中，当他写到 *θέμιτες* 时，認為它“無疑地来自早已存在的習慣或慣例”；虽然他也許是为了表示公正起見，接着說，“这觀念是，它們是由国王自發地或經过神的提示而想出来的”。

“古代法”中沒有一部分像万民法(*ius gentium*)的叙述那样需要更多的詳細說明。“古代法”的最大缺点，在于它跳过了从羅馬人

到格罗秋 (Grotius) 之間的几个世紀，忽略了中古世紀的时期，在这个时期內，“自然法”轉变成成为有无限活力和影响的一种神学概念。对于像梅因这样有非常的均衡感和透視力的人，这真是一个奇怪的遺漏，而每一个讀者希望对这一漫長时期的法律理論有比較正确的印象的，應該至少参考一下布賴斯爵士 (Lord Bryce) 和菲萊特烈克·濮洛克爵士 (Sir Frederick Pollock) 关于“自然法律史”的几篇論文，以及 A.J. 喀萊尔博士 (Dr. A. J. Carlyle) 的“西方中世紀政治理論” (Medieval Political Theory in the West)。

梅因对于羅馬契約法發展的說明，是他論文中最雄辯的部分之一。但这部分有些浪漫的傾向，則是无法掩盖的事实。在有些方面，他似乎显然是錯誤的；例如約定 (stipulatio)，根据現代意見，不能被真正地認為是来源于耐克遜 (nexum)：它也許在宗教的神聖性中有完全不同的历史，不同的来源。在其他方面，如关于耐克遜的确切性質，他所表示的見解，有些也只能認為是似乎可信的猜測；但这样說，并不能被認為是对他責难，因为从梅因的时代起，对于这一个问题曾發生过无休无止的爭論，而爭論的結果也还只是一些可能和推測而已，实际上，以証据而論，也只能得到这样的結果。梅因对于羅馬契約的历史分类存在着真正的弱点，这与羅馬法学家自己对于合意的分类的存在着弱点，完全相同一弱点是在于它圖表式的但靠不住的單純。梅因所提出的各个阶段是：把債務同真正的以身体自由为質物 (耐克遜借貸) 看做一回事，带有严格的神聖仪式；其次是以庄严的口头問答和以誠意担保的債務；其次是有書面文字的无可辯駁的証据；其次是真正契約的“巨道德进步”，这些契約代表着公正的基本原理，即根据一致同意的条件，受領和享有他人有价物件的人，有归还它或其价值的义务；其次是在任何經濟發达的社会中，在四种最普通和重要的交易

中一致的效力；以及最后，通过裁判官（*prætor*）的自由学說，在任何严肃的和合法的場合中所取得純粹一致的拘束力。我們不能說这种根据于道德进步路綫的历史順序，是明显地錯誤的，但为慎重起見，我們必須承認要证实 其一切细节，現有的証据显然并不充分。事实正如我們常常指出来的那样，羅馬人在有关合意的法律方面是独特地憑經驗的，他們从来没有發展一个令人滿意的和不矛盾的真正作为契約的契約理論，他們的市民法要因（*causa civilis*）学說，被假定为是一切有拘束力的合意所依据的，是完全沒有可靠的法律基础的。梅因留給我們的印象是，裁判官憑着体现“能达到正当后果的‘諾成契約’原則”的“裁判官告令”，把合意的可訴性扩大到几乎毫无限制。这是一种严重的誇大。实际上，裁判官告令，在数量上是很少的，在性質上是很專門的，在範圍上是很狹小的。毫無疑義，到了古典时期，契約的領域在理論上和在实际，都已变得很广泛，足以滿足一切普通目的了；但是它还不能公正地被認為具有梅因这样热誠地归功于它的那种科学的均称性或道德的一致性。

在第五章的結尾，可以看到梅因对他所想象的“各国民事法律”的發展，进行了幹練的总结，同时讀者在开始閱讀本書之前，最好先熟讀这一段文字，即以“到現在为止，我們已經研究过有关古代‘人法’的各个部分”开始的几頁，并且先要把本書开头的主要的五章所依据的要旨牢記在心中。这几頁中最后一句話是全部英国法律文献中最著名的“进步社会的运动，到此处为止，是一个从身分到契約的运动。”这些文句在它写成的当时，是适当的、可以接受的——那个时候，十九世紀个人主义的全部力量正在逐漸增加其动力。关于梅因所应用的“身分”这个字，是否适当，这里不拟作專門的詳尽討論，但作为一个法律“術語”，就他所接受的含义来講，是有討論的余地的；但他的結論实足以表現一条为当今历史法

學家沒有任何爭執的原則——即個人自決的原則，把個人從家庭和集團束縛的羅網中分离開來；或者，用最簡單的話來說，即從集體走向個人的運動。這是梅因的論文的主要觀點，是他對所有那些先天的空想進行攻擊的矛頭，這些空想創造了抽象的人，作為年輕世界的天命的君主，这样就顛倒了全部的历史進程。可以看到，梅因在說這個運動到此處為止是進步社會的特征時，是很慎重的。現在有許多人在問，有的帶着懷疑，有的可以看出是有禮貌地，究竟有沒有從契約到身分的相反運動發生過。我們可以完全肯定，這個由十九世紀放任主義 (laissez-faire) 安放在“契約自由”這神聖語句的神龕內的個人絕對自決，到了今日已經有了很多的改變；現在，個人在社会中的地位，遠較著作“古代法”的時候更廣泛地受到特別團體、尤其是職業團體的支配，而他的進入這些團體並非都出于他自己的自由選擇。很可能，過去一度由家庭這個發源地擔任的任務，在將來要由工團這個發源地來擔任了；也可能梅因的這個著名原則，將會有一天被簡單地認為只是社會史中的一個插曲。如果竟然是這樣發生了，這究竟是標誌着社會的進步還是退化，是一個非常適合于每一個有思想的人仔細研究的問題，但在这里，是不宜于作任何討論的。

本書中有些不重要的疏漏之處，對於一般讀者，是可以不必特別提出的。但有一點必須加以指出。在第四章中梅因竟以為布拉克頓 (Bracton) 曾“把全部形式和三分之一內容直接剽竊自‘民法大全’”的一篇論文，作為純粹英國法的一個綱要，向其同胞推銷。這與現在由麥特蘭 (Maitland) 研究結果確定的事實嚴重地不相符合，這些事實，在 1861 年時是不可避免地被誤解了。布拉克頓的亨利或布拉頓 (Bratton) 是除了法學家和歷史學家外，一般人很少知道的一個作家，因此請原諒我為他作一介紹，他是亨利三世皇朝後半期中一個王室法庭的法官，並且是研究中世紀時期“英國法

律和習慣”方面一个最重要的“寺院派”作家。像他当时所有的教士一样，他用拉丁文纂述文章，他应用羅馬法的傳統分类与排列；虽然决不至于有“三分之一内容”，但他的著名論文中确有相当部分借助于羅馬法——但不是“民法大全”的本身，而是十二世紀“波羅諾学派” (Bolognese) 注釋者所“修正”的羅馬法律学。但他的著作，不論在意圖上或是在效果上，絕不是欺人之談：他的主題是真实的、本土風光的、英国的封建法律，虽然曾受到当时所公認的研究法律学的方法——一个必然是羅馬式的方法——的影响，而它受到这种影响，实在也是无可避免的。

最后必須加以說明，在本書中提到的一二樁有关英国法的事，最近已經有了变化。一般都知道，在梅因著作中占有非常显著地位的并且是他所一貫不讚成的長子繼承权 (primogeniture)，在現在，除了荣誉称号以外，在一切主要方面都已从英国繼承法中消失了。第八章中有关英国动产法“威胁着要併吞和毁灭不动产法”的預言，現在大部已經实现了。至于英国已婚妇女的无能力（第五章），这种現象在1861年时是任何文明社会的一种耻辱，在二十一年以后已被徹底消灭，这原是众所周知而毋庸加以說明的。

喀萊頓·墨卜·亞倫 (Carleton Kemp Allen)

1931年

目 录

序

导言

第一章	古代法典·····	1
第二章	法律拟制·····	13
第三章	自然法与衡平·····	26
第四章	自然法的现代史·····	42
第五章	原始社会与古代法·····	65
第六章	遗嘱继承的早期史·····	98
第七章	古今有关遗嘱与继承的各种思想·····	123
第八章	财产的早期史·····	139
第九章	契约的早期史·····	172
第十章	侵权和犯罪的早期史·····	207

第一章 古代法典

世界上最著名的一个法律学制度从一部“法典”(Code)开始,也随着它而结束。从罗马法历史的开始到结束,它的释义者一贯地在其用语中暗示着,他们制度的实体是建筑于“十二铜表法”(Twelve Decemviral Tables)、因此也就是建筑于成文法的基础上的。在罗马,对于“十二铜表法”以前的一切制度,除了一特殊之点外,都不予承认。罗马法律学在理论上是来自一部法典,而英国法律在理论上则被认为是来自古代的不成文惯例,这是他们制度的发展和我们制度的发展所以不同的主要原因。这两种理论与事实不完全相符,但却都产生了极端重要的后果。

“十二铜表法”的公布并不能作为我们开始研究法律史的最早起点,这是毋庸多说的。古代罗马法典,是属于这样一类的法典,几乎世界上每一个文明国家都可以提出一个范例,并且以罗马和希腊而论,它们是在彼此之间相距并不过分遥远的时代中在它们各自的领域中广泛地传布着。它们是在非常类似的情况下出现的,并且据我们所知,也是由类似的原因产生的。毫无疑问,在这些法典的后面,存在许多法律现象,这些法律现象在时间上是发生在法典之前的。现在有很多文件记录,明白地提供我们关于这种早期法律现象的知识;但在语言学家能对“梵文”(Sanskrit)文学作出完全的分析以前,我们知识的最好来源无疑地只有希腊的荷马诗篇(Homeric poems),当然我们不能把它认作一种确实事件的历史,而只能把它作为作者所知道的不是完全出于想象的一种社会状态的描写。纵使诗人的想象力对于这种英雄时代的某些特征,如战士的勇猛以及神的威武,可能有些夸张之处,但我们没有理由

相信，他的想象力曾受到道德或形而上学的概念的影响，因为，这些概念当时还没有作为有意识观察的对象。就这一点而论，荷马文学实远比后期的文件更为真实可靠，因为这些文件虽然也是为了要说明同样的较早时期的情况，但是它们的编纂是在哲学的或神学的影响之下进行的。如果我们能通过任何方法，断定法律概念的早期形式，这将对我們有无限的价值。这些基本观念对于法学家，真象原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中，可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。我們的法律科学所以处于这样不能令人满意的状态，主要由于对于这些观念除了最最膚淺的研究之外，采取了一概加以拒絕的草率态度或偏見。在采用观察的方法以代替假設法之前，法学家进行調查研究的方法真和物理学与生物学中所用的調查研究方法十分近似。凡是似乎可信的和内容丰富的、但却绝对未經証实的各种理論，像“自然法” (Law of Nature) 或“社会契約” (Social Compact) 之类，往往为一般人所爱好，很少有踏实地探究社会 and 法律的原始历史的；这些理論不但使注意力离开了可以發現真理的唯一出处，并且当它們一度被接受和相信了以后，就有可能使法律学以后各个阶段都受到其最真实和最大的影响，因而也就模糊了真理。

在荷馬詩篇中曾經提到“地美士”(Themis)和“地美士第”(Themistes) 的字眼，这是一些最早期的概念，它們和現在已經充分發達的法律觀念和生活規律有着密切的关系。如所周知，“地美士”在后期希腊万神庙中是“司法女神” (Goddess of Justice)，但这是一个現代的并且已經很發達的觀念，同“伊利亞特” (Iliad) 中把“地美士”描写为宙斯 (Zeus) 的陪審官的原意，完全不同。所有对于人类原始状态的忠实觀察者現在都能清楚地看到，在人类的初生时代，人們对于持續不变的或定期循环發生的一些活动只能假用一个有人格的代理人来加以說明。这样，吹着的風是一个人，并

且当然是一个神聖的人；上升、上升、到达極頂然后下落的太阳是一个人，并且是一个神聖的人；生長庄稼的土地是一个人，也是神聖的人。在物理世界中如此，在道德世界中也是如此。当国王用判决解决糾紛时，他的判决假設是直接灵感的結果。把司法审判权交給国王或上帝的神聖代理人，万王之中最偉大的国王，就是地美士。这个概念的特点，表現在这个字的复数用法。地美士第，即地美西斯，是“地美士”的复数，意指审判的本身，是由神授予法官的。在談到国王时，好像他們的手中就有着丰富的“地美士第”，随时可以应用似的。但是我們必須明白了解“地美士第”并不就是法律而是判决。格罗脫（Grote）先生在其“希腊史”（History of Greece）中說，“宙斯或是地球上的人王，不是一个立法者而是一个法官”。他有充足的“地美士第”，但是，虽然始終相信“地美士第”来自天上，我們却并不能就假設在各个“地美士第”之間，有着任何一条原则贯串着；它們是各別的、單独的判决。

甚至在荷馬詩篇中，我們也还可以看出，这些观念只是暫时的。在古代社会的簡單机构中，情况类似的情形可能比現在还要普遍，而在一系列的类似案件中，就有可能采用彼此近似的审判。我們由此就有了一种“習慣”的胚种或者雛形，这是在“地美士第”或判决的概念之后的一种概念。由于我們的現代联想，我們就天地傾向于以为一个“習慣”观念必然是先于一个司法判决的概念，以为一个判决必然是肯定一个“習慣”，或是对于違犯“習慣”的人加以处罰，縱使我們的思想傾向是这样，但是，非常明确，各种观念的历史順序却真正是象我在前面所排列的那樣排列的。荷馬对于一个在胚胎中的習慣，有时用單数的“地美士”——更多的时候則用“达克”（Dike），它的意义明显地介于一个“判决”和一个“習慣”或“慣例”之間。至于 Νόμος 是指一条“法律”，这是后期希腊社会政治語彙中一个非常偉大而著名的名辞，但在荷馬詩篇中却

沒有見到過。

所謂神聖的代理人這種觀念，暗示着“地美士第”，而其本身又人格化在“地美士”中。這種觀念一個膚淺的研究者可能會把它和其他原始信念混淆起來，我們必須把它們區分開來。有一種概念認為整部的法典是由“神”（Deity）口授的，例如印度的“摩奴”法典（Hindoo laws of Manu），這種概念似乎屬於比較後期和比較發達的思想。“地美士”和“地美士第”是同長久以來頑固地為人們拘泥着的一種信念密切地聯系着的，這種信念認為在生活的每一個關係中，在每一個社會制度中，都有一種神的影响作為它的基础，並支持着它。在每一古代法律中，在每一政治思想的雛形中，到處都可以遇到這種信念的征象。那時候所有的根本制度如“國家”、“種族”和“家族”都是假定為貢獻給一個超自然的主宰，並由這個主宰把它們結合在一起的。在這些制度所包含的各種不同關係中集合起來的人們，必然地要定期舉行公共的祭祀，供奉公共的祭品，他們時時為了祈求赦免因無意或疏忽的侮慢而招惹的刑罰舉行着齋戒和贖罪，在這中間這種同樣的義務甚至被更有意義地承認着。凡是熟悉普通古典文學的人，都會記得家祭（*sacra gentilia*）這個名詞，這對於古代羅馬的收養法和遺囑法都有着極重要的影响。到現在為止，還保存着原始社會某些最古怪特點的印度習慣法（Hindoo Customary Law），對於人們所有的一切權利和繼承的一切規定，幾乎都要在死人安葬時，也就是說在家族延續發生中斷時，按照舉行規定儀式時的嚴肅程度而決定。

在我們離開這一法律學階段以前，凡是英國學生都必須注意到這樣的一點。在邊沁的“政府論叢”（*Fragment on Government*）以及奧斯丁的“法律學範圍論”（*Province of Jurisprudence Determined*）中，他們把每一項法律分解為立法者的一個命令，因此是一種強加於公民身上的義務，並且是在發生反抗時的一種制裁；他

們并且进一步断定这个作为法律第一个要素的命令，必須不仅是针对一个單一的行为，而且是对着一系列的或者許多屬於同一类型和性質的行为。这样把法律的各种要素加以分析的结果，同已經成熟的法律学的事实完全相符；并且只要在用語上稍为引伸一下，它們就能在形式上适用于各种各样的、各个时代的一切法律。但是，这并不就是說，在这个概括中所含有的法律观念，即使到現在，还完全同这个解剖相符合；可奇怪的是，我們对于古代思想史如果研究得越深入，我們發現我們自己同边沁所主張的所謂法律是几个要素的混合物的这种概念，距离越远。可以断言，在人类初生时代，不可能想象会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者。法律还没有达到習慣的程度，它只是一种慣行。用一句法国成語，它还只是一种“气氛”。对于是或非唯一有权威性的說明是根据事实作出的司法判决，并不是由于違犯了預先假定的一条法律，而是在审判时由一个較高的权力第一次灌輸入法官脑中的。我們要想理解这些在時間上和在联想上同我們距离这样遙远的种种見解，当然是極端困难的，但是，我們如果能比較詳細地研究一下古代社会的构成，了解到在古代社会中，每个人的生命有極大部分都生活在族長的專制之下，他的一切行为实际上不是由法律的而是由翻复无常的一种統治所控制着，这就比較可信了。我可以說，一个英国人應該比外国人更能够理解这样的一个历史事实，即“地美士第”的發生先于任何法律概念，这是因为，在流行着的有关英国法律学性質的許多相互矛盾的理論中，其最得人心的，或者無論如何是最能影响实践的，当然是假定成案和先例先于規則、原則及差別而存在的理論。应该指出，根据边沁和奧斯丁的見解，“地美士第”还有把單一的或唯一的命令从法律中区分开来的特性。真正的法律使所有公民毫无差別地一致遵守着种类相似的許多条例；这正是法律的最为一般人所深切感觉到的特征，使“法律”这个名詞只能适

用于一致、連續和类似。至于命令只規定一个單獨的行为，因此同“地美士第”比較近似的是命令而不是法律。命令只是对孤立的事实状态的宣告，并不必然地按照一定的順序一个和另一个相連。

英雄时代的文学告诉我们的法律萌芽，一种是“地美士第”，还有一种是在稍为發展的“达克”的概念中。我們在法律学史上达到的下一个阶段是非常著名的，并且也是饒有兴趣的。格罗脫先生在其“希腊史”第二篇第二章中，曾把已逐漸不同于荷馬所摹繪的社会生活方式詳細加以描写。英雄时代的王权，部分地依靠着神所賦与的特权，部分地依靠着拥有出类拔萃的体力、勇敢和智慧。逐漸地，君主神聖不可侵犯的印象开始淡薄，当一系列的世襲国王中产生了柔弱无能的人，王家的权力就开始削弱，并且終于讓位于貴族統治。如果我們可以正确地应用革命的術語，則我們可以說，王位是被荷馬一再提到的和加以描写的領袖議會所篡夺了。無論如何，在欧洲各地，这时已經从国王統治时代轉变到一个寡头政治时代；即使在名义上君主职能还没有絕對消失，然而王权已縮小到只剩下一个暗影。他成为只是一个世襲將軍，像在拉栖第夢 (Lacedaemon)，只是一个官吏，像雅典的执政王 (King Archon at Athens)，或仅仅是一个形式上的祭司，像羅馬的献身王 (Rex Sacrificulus)。在希腊、意大利和小亞細亞，統治階級似乎一般都包括着由一种假定的血緣关系結合在一起的許多家族，他們虽然在开始时似乎都主張有一种近似神聖的性質，但他們的力量在实际上却并不在于他們所标榜的神聖性。除非他們过早地被平民团体所推翻，他們都会走向我們現在所理解的一种貴族政治。在更远一些的亞洲国家，社会所遭遇的变革，在時間上，当然要比意大利和希腊所發生的这些革命早得多；但这些革命在文化上的相对地位，則似乎是完全一样的，并且在一般性質上，它們也似乎是極端相似的。有些証据証明，后来結合在波斯王朝統治下的各个民族以

及散居在印度半島上的各个民族，都有其英雄时代和貴族政治时代；但是在它們那里，分別产生了軍事的寡头政治和宗教的寡头政治，而国王的权威則一般并没有被取而代之。同西方事物的发展过程相反，在东方，宗教因素有胜过軍事因素和政治因素的傾向。在国王和僧侶階級之間，軍事和民事的貴族政治消失了，灭絕了，或者微不足道；我們所看到的最后結果，是一个君主享有大权，但是受到了祭司階級的特权的拘束。在东方，貴族政治成为宗教的，而在西方，貴族政治成为民事的或政治的，虽然有着这些区别，但是，在一个英雄国王历史时代的后面跟着来了一个貴族政治的历史时代，这样一个命題是可以被認為正确的，縱使并不对于全人类都是如此，但无论如何，对于印度—欧罗巴 (Indo-European) 系各国是一概可以适用的。

有一点对于法学家很重要，就是这些貴族都是法律的受託人和执行人。他們似乎已經繼承了国王的特权，唯一的重要区别，在于他們并不对每一个判决都装作出于直接的神示。主張全部法律或是部分法律来自神授的思想联系，仍旧到处表現出来，这使族長所作的判决被諉諸于超人类的口授，但是思想的进步已不复允許把个别爭議的解决，用假定一种超人的仲裁来解釋。法律寡头政治現在所主張的是要壟断法律知識，要对决定爭論所依据的各项原則有独占的权利。我們在事实上已到了“習慣法”的时代。“習慣”或“慣例”現在已成为一个有實質的集合体而存在，并被假定为貴族階層或階級所精确知道的。我們所依据的权威使我們深信，这种寄託于寡头政治的信任有时不免要被濫用，但这当然不應該仅仅視為一种僭取或暴政的手段。在文字發明以前，以及当这門技术还处于初創时代，一个賦与司法特权的貴族政治成了唯一的权宜手段，依靠这种手段可以把民族或部族的習慣相当正确地保存着。正是由于它們被託付于社会中少数人的記憶力，習慣的真实

性才能尽可能地得到保证。

“習慣法”以及它为一个特权阶级所秘藏的时代，是一个很值得注意的时代。这个时代的法律学处于怎样一个状态，其残留痕迹到现在仍旧可以在法律的和民间的用语中发现。这种专门为有特权的少数人所知道的法律，不论这少数人是一个等级，一个贵族团体，一个祭司团体，或者一个僧侣学院，是一种真正的不成文法。除此以外，世界上就没有所谓不成文法这样东西了。英国的判例法有时被称为不成文法，有些英国理论家正告诉我们说，如果真要编订一部英国法律学的法典，我们必须把不成文法变为成文法——他们坚持说，这一个转变，如果不是在政策上有可疑之处，无论如何，是非常重大的。实际上，在有一个时期中，英国普通法的确可以合理地称为不成文法。前一辈的英国法官们确实标榜着具有为法院和人民群众所不完全知道的规则、原则及差别的知识。他们要壟断的法律，究竟是不是完全不成文的，是非常可疑的；但是，无论如何，纵使可以假定过去确实曾经一度有着许多专门为法官们所知道的民事和刑事规则，但它在不久以后即已不再成为不成文法了。在“威斯敏斯特法院” (Courts at Westminster Hall) 开始根据档案，不论是根据年鉴或是其他资料作出判决时，他们所执行的法律已是成文法。到这个时候英国法律中任何一条规则，必须首先从印成的许多判决先例所记录的事实中清理出来，然后再由特定法官根据其不同的风格、精确度以及知识而表现于不同的文字形式中，最后再把它运用于审判的案件。在这过程中，没有一个阶段显示出有任何特点，使它和成文法有什么不同之处。英国法律是成文的判例法，它和法典法的唯一不同之处，只在于它是用不同的方法写成的。

离开“習慣法”时代，我们再来谈谈法律学史上另一明确划分的时代，也就是“法典”时代，在那些古代法典中，罗马的“十二铜表

法”是最著名的范例。在希腊、在意大利、在西亞的希腊化海岸上，这些法典几乎到处都在同一个时期出現，这所謂同一个时期，我的意思当然并不是指在時間上的同一个时期，而是說在每一个社会相对地进步到类似的情况下出現的。在我所提到的几个国家中，到处都把法律銘刻在石碑上，向人民公布，以代替一个單憑有特权的寡头統治階級的記憶的慣例。在我所說的这种变化中，我們决不能設想当时已有了現代編纂法典时所必須有的各种精密考虑。毫无疑問，古代法典的所以会創造成功是由于文字的發現和傳佈。誠然，貴族們似乎曾經濫用其对于法律知識的独占，并且無論如何，他們对于法律的独占有力地阻碍了当时在西方世界开始逐漸普遍的那些平民运动获得成功。不过虽然民主情緒可能使这些法典更加深得人心，但是法典的产生当然主要还是由于文字發明的直接結果。銘刻的石碑被証明真是一种比較好的法律保存者，并且是一种使其正确保存的更好保證，这比仅仅依靠着少数人的記憶要好得多，虽然这种記憶由于慣常运用的結果也是在不断地加强着的。

羅馬法典就是屬於上面所說的那一类法典，这类法典的价值不在于其分类比較勻称或用詞比較簡潔明了，而在于它們为众所周知，以及它們能使每个人知道應該做些什么和不應該做些什么的知識。羅馬“十二銅表法”中确实显示出有排列勻称的某种迹象，但根据傳說，这可能是由于当时这个法律的編纂者曾求助于希腊人，这些希腊人具有后期希腊在編纂法律工作上的經驗。从“梭倫的阿提喀法典”(Attic Code of Solon)所遺留下來的片斷，可以看到它很少有秩序，而在“德里科”的法律(laws of Draco)中也許更少。这些东方的和西方的法典的遺迹，也都明显地証明不管它們的主要性質是如何的不同，它們中間都混杂着宗教的、民事的以及仅仅是道德的各种命令；而这是和我們从其他来源所知道的

古代思想完全一致的，至于把法律从道德中分离出来，把宗教从法律中分离出来，則非常明显是屬於智力發展的較后阶段的事。

但是，不論从現代的眼光看来这些“法典”的特点是什么，它們对于古代社会的重要性，是无法用言詞来形容的。問題——而这个問題影响着每一个社会的全部将来——并不在于究竟該不該有一个法典，因为大多数古代社会似乎迟早都会有法典的，并且如果不是由于封建制度造成了法律学史上重要的中断，則所有的現代法律很可能都将明显地追溯到这些淵源中的一个或一个以上上去。但是民族历史的轉折点，是要看在哪一个时期，在社会进步的哪一个阶段，他們應該把法律書写成为文字。在西方世界中每一个国家的平民成分都成功地击潰了寡头政治的壟断，几乎普遍地在“共和政治”史的初期就获得了一个法典。但是在东方，像我已在前面說过的，統治的貴族們逐漸傾向于变为宗教的而不是軍事的或政治的，并因此不但不失去反而获得了权力；同时，在有些事例中，亞細亞国家的地理构造促使各个社会比西方社会的面积更大，人口更多；根据公認的社会規律，一套特定制度傳佈的空間越广，它的韧性和活力也越大。不論由于何种原因，东方各国社会編制法典，相对地讲，要比西方国家迟得多，并且有很不相同的性質。亞細亞的宗教寡头，或者是为了他們自己参考，或者是为了帮助記憶，或者是为了教育生徒，都終于把他們的法律知識具体地編訂成为法典，但也許促使他們这样做的最难于拒絕的誘力，还在于这是一个可以增加和巩固他們影响的机会。他們完全壟断法律知識，这一点使它們能用彙編来欺騙世人，而彙編中所包括的确实已被遵守的規則，还不及祭司階級認為应当被遵守的規則多。称为“摩奴”法律的印度法典，当然是婆羅門 (Brahmin) 所編輯的，无疑地包含了印度民族的許多真正的慣例，但根据現代最好的东方学者的見解，整个講起来，它并不代表确实曾經在印度斯坦执行过的一套規

則。在它里面有一大部分只是在婆羅門的眼光中應該作為法律的一幅理想圖畫。這是和人类的性質相適應的，也是和作者的特殊動機相一致的：即像“摩奴法典”這樣的一些法典，應該假托為最古的，並且應認為完全從“神”得來的。按照印度的神話學，“摩奴”是至尊“上帝”的一種分出物；但是這個冠以他的名稱的彙編，雖然其確切日期已不易查考，從印度法律學的相對進步來看，實在是一種近代的产品。

“十二銅表法”以及類似的法典賦予有關社會的好處，主要是保護這些社會使它們不受有特權的寡頭政治的欺詐，使國家制度不致自發地腐化和敗壞。“羅馬法典”只是把羅馬人的現存習慣表述於文字中。從羅馬人在文化進步中的相對地位來看，它是一非常早的法典，而它公佈的時間，正當羅馬社會還沒有從這樣一種智力狀態中脫身出來，也就是正當他們的智力狀態還處在政治和宗教義務不可避免地混淆在一起的時候。一個野蠻社會實行的一套習慣，往往對其文化進步絕對有害或有某種特殊的危險。一個特定社會從其初生時代和在其原始狀態就已經採用的一些慣例，一般是一些在大體上最能適合於促進其物質和道德福利的慣例；如果它們能保持其完整性，以至新的社會需要培養出新的慣行，則這個社會幾乎可以肯定是向上發展的。但不幸的是，發展的規律始終威脅着要影響這些不成文的慣例。習慣是為羣眾所遵守的，但他們當然未必能理解它們所以存在的真正原因，因此，也就不可避免地要創造出迷信的理由以說明它們的永恆存在。於是就開始着這樣一種過程，簡單地講，就是从合理的慣例產生出不合理的慣例。類比，這是法律學成熟時期中最有價值的工具，但在法律學的初生時代却是最危險的陷阱。禁令和命令在開始時由於正當理由原來只限於某一種性質的行為，後來就被適用於屬於同一類別的一切行為，因為一個人做了一樁要受到上帝譴責的行為，他在做任何稍

有些类似的行为时，就必然地要感到一种自然的恐惧。当一种食物由于卫生的理由被禁止，禁令就要适用于一切类似的食物，虽然类比在有的时候完全是建筑在想象的基础上的。同样的，为了保证一般清洁而作出的明智的规定，终于竟变成了教仪上净身的冗繁的手续。又如等级的划分是在社会史上特定紧急关头为保持民族生存所必需的，但逐渐退化而成为所有人类一切制度中最不幸的和最有损害的制度——“族籍制度” (Caste)。印度法的命运，在事实上，是衡量罗马法典价值的尺度。人种学告诉我们，罗马人与印度人来自同一个原始祖先，而在他们的原来习惯中，也确实有显著的类似之处，即使在现在，印度法律学还存留着考虑周到和判断正确的实体，只是不合理的摹仿已使它在实体上面附加着残酷妄诞的巨大附着物。罗马人由于得到了法典的保护，没有受到这一类腐蚀。在它编纂的时期，惯例还是很健康的，如果推迟到一百年以后，或许就太迟了。印度法的大部分是具体规定于文字中的，但是，在“梵文”中到现在仍旧保存着的撮要虽然在一种意义上是很古的，但在它们中间有充分证据，证明它们的编制是在错误造成之后。当然，我们不能就因此而有权利说，如果“十二铜表法”没有公佈，罗马人的文明将像印度文明那样地无力和恶化，但至少这是可以断定的，他们有了法典，才避免了那样不幸的遭遇。

第二章 法律拟制

当原始法律一經制成“法典”，所謂法律自發的發展，便告中止。自此以后，对它起着影响的，如果确有影响的話，便都是有意的和来自外界的。。我們不能設想，任何民族或部族的習慣，从一个族長把它們宣告以后一直到把它們用文字公佈为止在这一个長久的——在有些情況下，非常悠久的——期間內，会一无变更。如果認為在这个期間以內的任何变更都不是有意地进行的，也是不妥当的。但就我們对于这个时期內法律进步所掌握的一些知識來說，我們确有理由假定，在造成变化中，故意只占着極小的部分。远古慣例中曾經發生过一些改革，但促使这些改革發生的情感作用和思想方式，却不是我們在現在智慧状态下所能理解的。但是，有了“法典”就开始了一个新紀元。在这时期以后，当我们追溯一下法律变更的經過时，我們就能發現这些变更都是出于一种要求改进的、有意識的願望，或者无论如何，是出于一种具有一定目的的有意識的願望，这同原始时代所企求的完全不同。

初看起来，我们从法典产生以后的法律制度史中，似乎很难引伸出来足以深信不疑的各种一般命題。涉及的領域是太广泛了。我們很难肯定，在我們的觀察中是否已包括了足够数量的現象，或者我們对于所觀察的現象，是否已有了正确的理解。但如果我們注意到，在法典时代开始后，靜止的社会和进步的社会之間的区分已开始暴露出来的事实，我們的工作就比較容易进行。我們所关心的只是进步的社会，而这类社会显然是極端少数的。虽然有着充分的証据，但是对于一个西欧的公民，还是非常难于使他完全領会这样一个真理，即环繞在他周圍的文明，在整个世界史中，实在

是一个罕有的例外。如果把各个进步民族同人类生活总体的关系鮮明地放在我們的前面，則我們中間共有的思想感情，我們所有的一切希望、恐惧和理想必将受到重大的影响。这是无可爭辯的，几乎絕大部分的人类，在其民事制度因被納入某种永久紀錄中而第一次使其具有外表上的完善性时，就絕少有表示要再加以改进的願望。一套慣例有时被另外一套慣例强暴地推翻和代替了；到处，标榜着来自超自然淵源的一个原始法典，往往由于僧侶注釋者的牵强附会而被大大地扩大了，并被歪曲成为最可惊人的形式；但是，除了世界上極小部分外，从沒有發生过一个法律制度的逐漸改良。世界有物質文明，但不是文明發展法律，而是法律限制着文明。研究現在处在原始状态下的各民族，使我們得到了某些社会所以停止發展的綫索。我們可以看到，婆罗門教的印度还没有超过所有人类各民族历史都發生过的阶段，就是法律的統治尚未从宗教的統治中区分出来的那个阶段。在这类社会中的成員，認為違犯了一条宗教命令應該用普通刑罰来处罰，而違背了一个民事义务則要使过失者受到神的惩戒。在中国，这一点是过去了，但进步又似乎就到此为止了，因为在它的民事法律中，同时又包括了这个民族所可能想象到的一切觀念。靜止的和进步的社会之間的差別，是还須繼續加以探究的大秘密之一。在对于它的局部的解釋中，我敢把上章之末所提出的意見，提供考虑。我也許必須进一度說明，如果不明白地理解到，在人类民族中，靜止状态是常規，而进步恰恰是例外，这样研究就很少可能有結果。成功的另一个不可或缺的条件，是对于羅馬法的所有各主要阶段，都要有精确的知識。羅馬法律学中，有着任何一套人类制度中最長久著名的历史。它所經歷的一切变化的性質，已經在大体上得到很好的肯定。从它的开始到它的結束，它是逐步地改变得更好，或向着修改者所認為更好的方向發展，而且改进是在各个时期中不断地进行着的，在这

些时期中，所有其余的人类的思想和行动，在實質上都已經放慢了脚步，并且不止一次地陷于完全停滯不前的状态。

· 我将把我的叙述局限于进步社会中所發生的情况。关于这些社会，可以这样說，社会的需要和社会的意見常常是或多或少走在“法律”的前面的。我們可能非常接近地达到它們之間缺口的接合处，但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的；而我們所談到的社会是进步的，人民幸福的或大或小，完全决定于缺口縮小的快慢程度。

关于使“法律”和社会相協調的媒介，有一个有些价值的一般命題可以提出。据我看来，这些手段有三，即“法律拟制”、“衡平”和“立法”。它們的历史順序就像我在上面所排列的，有时，其中两个在同时进行，也有些法律制度沒有受到它們中的这一个或另一个的影响。但我从沒有看到过一个例子，它們出現的順序会是不同的或顛倒过来的。“衡平”的早期历史，一般講起来，都是比較模糊的，因此，有人以为某些改进民法的單独条例，就早于任何衡平的审判权。我的意見是，不論任何地方，补救的“衡平”必早于补救的立法；但是，倘使事实上并不严格地是这样，那就只須把关于它們先后順序的命題局限于那些时期，即，它們在改变原始法律中發生持續和實質影响的时期內。

我在应用“拟制”这个字时，其含意比英国法学家習用的意义要广泛一些，比羅馬的“拟制”（fictiones）則要广泛得多。“拟制”（fictio）在旧羅馬法中，恰当地講，是一个辯訴的名詞，表示原告一方的虛伪証言是不准被告反駁的；例如原告实际上是一个外国人而提出他是一个羅馬公民的証言是。这种“拟制”的目的，当然是为了給予审判权，因此，他們与英国后座法院和理財法院命令状中的主張非常类似，这些法院就是通过这些主張来剝夺普通訴証的审判权的；——主張被告已为国王执行官所拘留，或是主張

原告为国王的债务人，并以被告的拖欠为理由而不能清偿债务。但我现在应用“法律拟制”这一个用语，是要用以表示掩盖、或目的在掩盖一条法律规定已经发生变化这事实的任何假定，其时法律的文字并没有被改变，但其运用则已经发生了变化。因此，这个用语包括了上面我从英国法和罗马法中所引证的拟制的实例，但是它们所包括的范围还要广泛得多，因为我认为英国的“判例法”和罗马的“法律解答”（*Responsa Prudentium*）都是以拟制为其基础的。这两方面的例子立刻就要加以研究。事实是，在这两种情况下，法律都已经完全被变更了；而拟制是它仍旧和改变以前一样。为什么各种不同形式的拟制特别适合于社会的新生时代，这是不难理解的。它们能满足并不十分缺乏的改进的愿望，而同时又可以不触犯当时始终存在的、对于变更的迷信般的嫌恶。在社会进步到了一定阶段时，它们是克服法律严格性最有价值的权宜办法。真的，如果没有其中之一，即“收养的拟制”，准许人为地产生血缘关系，就很难理解社会怎样能脱出其襁褓而开始其向文明前进的第一步。因此，我们不应该受着边沁的影响，他一遇到法律拟制就要加以嘲笑谩骂。他认为拟制只是詐欺，这适足以说明对于它们在法律发展史中所担任的特殊任务，愚昧无知。但同时有些理论家看到了拟制的用处，即据而认为它们应该在我们制度中固定下来，如果我们同意他们的见解，也同样的愚蠢的。它们有它们的时代，但是它们的时代早已过去了。我们现在已不值得要去用像法律拟制这样一种粗糙的方式以求达到一个公认为有益的目的。我不能承认任何变例都是合法的，如果它只有使法律更难解，或者是更难按照和諧的顺序排列起来，因为，法律拟制是均称分类的最大障碍。法律制度仍旧保持原样，原封不动，但它已只成为一个躯壳。它已经早被破坏了，而藏在其外衣里面的则是新的规定。于是，困难就立刻发生了，我们将很难断定，实际上可以适用的规

定究竟應該归类于其真正的还是归类于其表面的地位，同时，稟性不同的人在不同的部門中进行選擇时，也将得到不同的結果。如果英国法真要得到有秩序的分門別类，那就必須剪除这些法律拟制，虽然最近在立法上有所改进，但在英国法律中，拟制仍旧是很多的。

法律用以适应社会需要的其次一个手段，我称之为“衡平”(Equity)。这个名詞的含义，是指同原有民法同时存在的某一些規定，它們建筑在各別原則的基础上，并且由于这些原則所固有的一种无上神聖性，它們竟然可以代替民法。不論是羅馬的“裁判官”或是英国的大法官的“衡平”，同出現比較早的“拟制”都有不同，其不同之点在于它能公开地、明白地干涉法律。另一方面，它又和“立法”不同，这是發生在它之后的另外一种法律改进的媒介，其不同之点在于它的权力基础并不建筑在任何外界的人或团体的特权上面，甚至也不建筑在宣佈它的官吏的特权上面，而是建筑在它原則的特殊性上面，这些原則，据說是一切法律應該加以遵循的。这种認為有一套原則比普通法律具有更高的神聖性并且可以不經任何外界团体的同意而主張單獨适用的概念，要比法律拟制最初出現时屬於进步得多的一个思想阶段。

最后一个改进的手段是“立法”(Legislation)，就是由一个立法机关制定的法規。这种立法机关，不論它的形式是一个專制君主或是一个議會，总之是一个为社会所公認的机关。它和“法律拟制”不同，正像“衡平”和“法律拟制”不同一样。它和“衡平”也有不同，因为它的权威来自一个外界团体或人。它所以有强制力，与其原則无关。不論社会輿論对立法机关加以任何現實的約束，在理論上，它有权把它所認為适宜的義務加在社会的成員身上。沒有誰能够限制它任意制定法律。如果衡平的名詞可以用作是或非的标准，而立法机关所制定的法規恰巧是根据了这些标准而調整

的，則立法可以說是根据了衡平而制定的；但即使是这样，这些法規所以能有拘束力，仍旧是由于立法机关本身的权力，并不是由于立法机关制定法律所根据的原則的权力。因此，它們在專門術語的意义上与“衡平法”不同，后者标榜着有一种高度的神聖性，这使它們即使沒有經過君主或議會同意，也应该为法院立即承認。这些差別特別重要，因为一个边沁的学生很容易把“拟制”、“衡平”和“制定法”混淆起来，把它們統統歸属于立法的一个項目下。他会說，它們都包括制定法律；它們之所以不同，只是在新法律产生的机构。这个說法是完全正确的，我們永远不应该忘記；但这并不使我們有理由不去利用这样一个便利的名詞，表达出立法的特殊意义。“立法”与“衡平”在一般人的心目中和在大多数法律家的心目中，是分开的；我們决不能忽略它們之間的区分，縱使是習慣上的区分，因为这个区分有着重要的实际后果。

法律拟制的例子，几乎可以很容易地在任何正常發展的法律規定中找到，因為它們的真正性質立刻可以为現代觀察者所發覺。在我即将进而研究的两个例子中，其所用权宜的性質不是很容易立刻就發現的。这些拟制的第一批作者，其目的也許并不在改革，当然更不希望被人怀疑是在改革。此外，有一些人，并且是始終有着这样一些人，拒絕看到在發展过程中的任何拟制，而習慣言語証实了他們的拒絕。因此，沒有其他的例子能够被更好地用来说明法律拟制的分佈广泛，以及它們在完成其双重任务，即一方面改变一个法律制度，而另一方面又掩盖这种改变时所有的效率。

我們在英国慣常看到有一种机构，在扩大、变更和改进法律。但在理论上这种机构原是不能改变現存法律一絲一毫的。这种用以完成实际立法工作的过程，并非是不可感知的，只是不被承認而已。关于包括在判例中和記錄在法律报告中的我們大部分

的法律制度，我們習慣于用一種雙重言語，并往往持有一種雙重的互不一致的兩套觀念。當有一些事實被提出于英國法院請求審判時，在法官與辯護人之間進行討論的全部進程中，決不會、也決不可能提出要在舊的原則之外應用其他任何原則，或者除早已允許的差別外應用任何差別的問題。被絕對地認為當然的，是在某些地方，必然會有這樣一條法律能夠包括現在訴諸法律以求解決的事實，如果不能發現這樣一條法律，那只是由于缺乏必要的耐性、知識或智力把它發現而已。但是一當判決被宣告并列入紀錄以後，我們就不自覺地、不公開地潛入到一種新的言語和一串新的思想中。到這時，我們不得不承認新的判決已經改變了法律。如果我們用有時被應用的一個非常不正確的說法，那就是可以適用的規定已經成為比較有彈性的了。事實上，它們已經發生變化。在已有的先例中，現在已顯然地多了一條，比較各個先例而得出的法律准則，必將和僅僅從一個例子所能得到的法律准則完全不同。舊的規定已經被廢除，而一個新的規定已被用來代替它，但這個事實往往不容易覺察，因為我們不習慣于把我們從先例中引伸出來的法律公式用正確的文字表現出來，因此，它們性質的改變，除非是劇烈而明顯的以外，就不很容易被發覺了。我現在不打算停下來詳細討論使英國法學家同意這些古怪變例的原因。情況可能是這樣的，即原來可能有一條公認的學說，認為在某些地方，在太虛幻境中 (in nubibus) 或者在官吏的胸懷中 (in gremio magistratuum)，有着一套完全的、有條理的、勻稱的英國法律，其內容廣泛，足以提供各種原則以適用於任何可以想象到的一組情況。這個理論在當初比在現在更為人們深信不疑，並且這也許真正有很好的根據。十三世紀的法官們也許的確掌握着一些為律師和一般人民所不知道的法律寶藏，因為我們有理由懷疑他們秘密地從羅馬法和“寺院法”的流行綱要中任意地但不一定是始終聰明地套用着一些東

西。但是当韋斯敏斯德法院所判決的問題逐漸增加，足以組成一個獨立存在的法律制度基礎時，這個倉庫就被封閉；而現在，幾世紀以來，英國法律學者竟然提出了這樣一個自相矛盾的命題，認為除“衡平法”和“制定法”以外，在英國法的基礎上，從它第一次形成的時候起，就沒有什麼東西加上去過。我們不承認我們的法庭從事於立法工作；我們暗示着，它們從來沒有做過立法工作；然而我們又主張，英國普通法的規定，在衡平法院和國會的幫助下，是可以同現代社會的複雜利益相適應的。

在羅馬有一種法律，具有非常類似我們判例法中我所說的那些特點的，稱為“法律解答”，即“法學家的回答”。這些“解答”的形式，在羅馬法律學的各個時期中有極大的不同，但自始至終它們都是由對權威文件的注解組成的，而在最初，它們只是解釋“十二銅表法”的各種意見的專門性的彙編。同我們一樣，在這些解答中所有的法律用語都從這樣一個假設出發，即古代“法典”的原文應被保存不變。這就是明白的規定。它廢止了一切注解和評注，並且不論解釋者是如何的優秀，對於法典的任何解釋，在參照古老的原文時，沒有人敢公開承認，他所作的解釋不會發生修正。但在事實上，冠以重要法學專家 (jurisconsults) 名字的“法律解答彙編”(Books of Responses)，至少具有與我們報告案件同樣的權威，並且不斷地變更、擴大、限制或在實際上廢棄“十二銅表法”的規定。在新法律學逐步形成的過程中，它的作者們自認為非常專心地尊重着“法典”的原來文字。他們只是在解釋它，闡明它，引伸其全部含義；但其結果，通過把原文湊合在一起，通過把法律加以調整使適應於確實發生的事實狀態以及通過推測其可能適用於或許要發生的其他事實狀態，通過介紹他們從其他文件注釋中看到的解釋原則，他們引伸出來大量的多種多樣的法律准則，為“十二銅表法”的編纂者所夢想不到的，並且在實際上是很难或者不能在

其中找到的。法学專家的全部論文都受到尊重，因為它們是被假定為完全符合“法典”的，但它們的相當高的權威是植基在把它們公諸于世的各個法学專家的聲望上的。凡是舉世公認為偉大的任何名字，必使一本“法律解答彙編”具有一種不小于立法機關制定法規所有的拘束力；而這樣一本彙編的本身又成為更進一步的法律學所根據的新基礎。但是，早期法学家的“解答”並不由原著者像現在那樣印行的。它們由其學生加以記錄和編輯，因此，多半都不是按照任何分類方法排列的。學生們在這些出版物中所處的地位，應加特別注意，因為他們對老師服務，一般都因老師對學生孜孜不倦的教育而得到補償。被稱為“法学教典”或“評釋”（Commentaries）的教育論文為當時承認的義務的一種後來果實，是羅馬制度中最顯著的特色之一。至於法学專家們公諸于世的他們的分類法以及他們對於變更和改進專門術語的建議，顯然不是在他們用以訓練法学家的解答中，而是在這些涉及原理的作品中。

在把羅馬的“法律解答”同英國法律中最相近的相應部分進行比較時，我們必須牢記着，說明羅馬這一部分法律學的權威者不是法院而是律師。羅馬法庭的判決雖然在特定案件中是終局的判決，但除了當時承審官吏在職位上極有威信者外，並無使它可以適用於其他案件的權力。更確當地講，在共和時期內羅馬並沒有和英國法院、日耳曼帝國審判院或法蘭西君主國高等審判廳相類似的機構。羅馬有許多高級官吏在其各該部門中都握有重要的司法職能，但他們的官職任期只有一年，因此它們不能與一個永久的裁判所相比，只能作為在律師領袖中間迅速地流轉着的一個循環職位。對這種奇特狀態的來源，可能有很多的說明，在我們看來是一種可驚的變例，但是事實上，它比我們自己的制度更能適合於古代社會精神，因為這種社會常常不斷地分裂為許多各別的階級，在它們之間雖然互不往來，但卻都不願在他們上面有

一个职业的教阶組織存在。

值得注意的是，这种制度并没有产生某种很可能会产生的结果。例如，它并没有使罗马法通俗化——它没有像有些希腊共和国那样削弱知识分子精通这门科学所需要的努力，虽然并没有人为的障碍阻碍其普及和作权威的解釋。相反的，如果不是由于其他许多原因在发生作用，那就非常可能，这种罗马法律学就会成为瑣細、專門和难以解釋的东西，像从那时候起流行着的任何制度一样。其次，另外有一种可能更加自然地預期会發生的后果，却没有在任何时期中表显出来。直到罗马的共和政权被顛复时，法学專家还只是一个界限不十分明显并在数量上有很大消長的階級；虽然，他們之中任何特定的个人，对于在他們面前提出的任何案件能發表終局的意見，則似乎从来就沒有發生过疑問。在拉丁文学中，有大量的关于著名法学專家日常活动的生动描写——从全国各地蜂拥而来的当事人在清晨到达他的接待室，他的学生环立在周圍，手里都拿着筆記簿，記錄着这偉大法學家的回答——，但这样描写的著名人物在任何既定时期內，很少或从来没有超过一个或二个人的。同时正由于当事人和辯护人的直接接触，罗马人民也就似乎經常注意着职业威信的升降。現在有充分的証据，特別是在西塞罗 (Cicero) 的著名演講“为墨罗那辯” (Pro Muræna) 中，証明羣众对于胜訴的重視往往不是不够而是过度的。

我們毫不怀疑，我們在罗马法最早依靠了它而得以發展的这种手段中所發現的各种特点，就是使罗马法独特卓越的淵源，也是使它很早就能有丰富原則的淵源。原則的成長和茂盛，部分地是法律註釋者之間的竞争所造成的，而这种竞争，在有法院的地方，即有国王或政府授以司法特权的受托人的地方，是不被人們所完全知道的。但是主要的媒介，无疑地还在于提請法律判決的各种案件的无限制地大量增加。有些事实状态虽会使一个乡村当事人真誠

地感到不知所措，但这些事实状态对于形成法学專家“解答”或法律判决基础的价值，还不如一个有才智的学生所提出的各种假設情况。成千成百的事实，不論是真的或是出于想象的，都被一律看待。对于一个法学專家，如果他的意見为审判其当事人案件的官吏暂时廢棄，他会毫不介意，除非这个官吏的法律知識或在專業上受到的尊敬都恰恰高过于他。当然，我的意思并不是說他会完全不考虑其当事人的利益，因为，这些当事人在較早时期就是大律师的选举人，到后来才成为他的付款人的，但是，一个法学專家走向成功之路要依靠他的公会的好评；显然，在我所描写的这样一个制度下，要达到这样一个結果，就必须把每一个案件作为一条重大原則的一个例証或是一条广泛規定的一个示范来考虑，而不能斤斤于个别案件的得失。另外一种更有力的影响，發生在对各种可能的問題任意提出或創造，不加任何明确的限制。資料既然可以任意增加，則發展成为一条总則的方便便也无限地增多。法律是在我們自己中間执行的，法官不能逾越展示于他或他的先輩之前的各种事实的范围。因此，受到审判的每一种情况，借用一个法国成語，就被奉之为神聖。它具有与每一个其他真正的或假設的案件不同的某种特点。但是在羅馬，像我已經在前面企圖說明的，沒有像“法院”或“审判院”这一类的机构；因此，也沒有一組事实会比其他事实具有更多的特殊价值。当有一种困难提交法学專家征求意见时，决沒有东西会阻止一个賦有很好类比力的人立即进而援引和考虑同它有些联系的全部假設問題。不論給予当事人的实际劝告是怎样，其由傾听着的学生在筆記簿上慎重保存起来的解答，无疑地会考虑到由一重大原則所能适用的、或为一条包罗无遺的規定所能包括的一切情况。在我們中間，这种情况是不可能的，并且應該承認，在对英国法提出的許多批評中，它提出时所用的方式似乎已經不存在了。我們的法院所以不願直截了当

地宣佈原則，很可能不是由于我們法官的稟性，而是由于我們的先例比較少，雖然我們的先例，在不知其他制度的人看來已是卷帙浩繁的了。就法律原則的財富而論，我們顯然比有些現代歐洲國家貧乏得多。但必須記着，它們是以羅馬法律學為其民事制度的基礎的。它們把羅馬法的碎石殘屑建築在它們墻垣之中；但就其材料和工作技巧來看，則並沒有使它好過英國司法機關所造的建築物。

羅馬共和時期是使羅馬法律學具有特別性質的一個時期；在其最初的一部分時間中，法律的發展主要依靠着法學專家的“解答”。但當它臨到共和國衰敗的時候，在“解答”的形式上顯示出它們已不可能再作進一步擴展的預兆。它們已經開始系統化，並且被提煉成為綱要。據說曾有一個名為繆子·沙沃拉 (Q. Mucius Scaevola) 的“教長” (Pontifex) 公佈過一本包括全部“市民法”的手冊，在西塞羅的著作中，也顯示出對於舊方法日益不滿的跡象，所謂舊方法是指與法律改革這個更活潑的手段比較而言的。到了這個時候，其他各種媒介也在事實上對法律開始發生影響。所謂“告令” (Edict) 或“裁判官”的年度佈告已被日益重視，並用作法律改革的主要手段，而哥尼流·西拉 (L. Cornelius Sylla) 把稱為“哥尼流律” (Leges Corneliae) 的大量條例經過立法而制定為法律，就顯示出用直接立法的方法能达到如何迅速的改進。至於對“解答”的致命打擊則來自奧古斯多 (Augustus)，他限制少數主要的法學專家對案件發表有拘束力的意見的權利，這個變化雖使我們能更接近於現代世界的觀念，但顯然根本地改變了法律職業的特點以及它對羅馬法影響的性質。在一個較後的時期中，另外一個學派的法學專家又產生了，這些都是各時代中法律學的巨大人物。但是阿爾比安 (Ulpian) 和保羅斯 (Paulus)、該雅士 和巴平尼安 (Papinian) 都不是“解答”的作者。他們的作品都是論述法律特定部門尤其是“裁判官告令”的正式論文。

羅馬人的“衡平法”以及使衡平法成为其制度一部分的“裁判官告令”，将在下面的一章中加以研究。至于对“制定法”，須要說明的只是它在共和时期是很少的，但到了帝国时期則有大量增加。在一个国家还是青年和幼年的时代，絕少要求借助于立法机关的活动以求对私法作一般的改进的。人民所要求的不是变更法律，这些法律通常被估計得高过它們的真正价值，人民的要求只在能很純潔地、完善地和容易地执行法律；一般是在要除去某种大积弊，或是要处理階級与階級之間和朝代与朝代之間某种无可調和的爭执时，才求助于立法机关。依羅馬人看来，在社会發生了一次重大民变后，必須制定一大批的条例，才得以安定社会秩序。西拉用“哥尼流律”来宣佈他的改造共和国；朱理亞·凱撒 (Julius Cæsar) 在“制定法”中作了大量增加；奥古斯多促使通过了最重要的“朱理亞律” (Leges Juliae)；在以后的一些皇帝中，最積極于頒佈宪令的是像君士坦丁 (Constantine) 那些要想統治世界事务的君主。真正的羅馬制定法时期要直到帝国建立以后方才开始。皇帝們的各种立法起初还伪装經過羣众同意，但在后来就毫不掩飾地利用皇权，从奥古斯多政权巩固后到“查斯丁尼安法典” (Code of Justinian) 公佈，这种法規有大量的增加。可以看到，甚至在第二个皇帝的統治时期內，法律的条件和其执行的方式就已逐漸地接近于我們都熟悉的了。一个制定法和一个有限制的釋义局已产生了；一个永久的上訴法院和一个特許的評釋集将在不久之后产生了；这样，我們就被帶到更接近于我們今日的觀念了。

第三章 自然法与衡平

有些法律原則由于固有的优越性而有代替旧有法律的权利，这种理論很早就 在羅馬国家和英国广泛流行。这一类原則存在于任何制度中，在以前各章中曾被称为“衡平”，像我們立刻就要談到的，这个名詞是羅馬法学專家用以称呼法律变化中这种媒介的名称之一（虽然是唯一的一个）。在英国，冠以“衡平”名称的衡平法院，其有关的法律学只能在另一論文中充分討論。它的組成是極端复杂的，它的資料来自几个不同的淵源。早期的教会大法官曾从“寺院法”中采取了許多原則，这些原則已深深地根植在其結構中。羅馬法中可以适用于世俗糾紛的規定远多于“寺院法”，因此羅馬法便常为下一代的衡平法官所借重，在他們的审判意見录中，我們常常發現列入了从“民法大全”(Corpus Juris Civilis) 中采摘的整段原文，其中的名詞不加更动，虽然它們的来源是从来没有注明的。在近代，尤其是在十八世紀中叶和其后半期中，尼德兰 (Low Countries) 的公法学家所創造的法律与道德的混合制度似乎曾經为英国法学家詳細研究过，从泰尔波爵士 (Lord Talbot) 大法官到厄尔頓爵士 (Lord Eldon) 就任大法官职位时为止，这些作品对衡平法院的裁定实有相当的影响。构成这个制度的各种要素虽然来自許多不同方面，但由于它必須与普通法近似，它的發展受到了很大的抑制，不过它始終能符合一个比較新的法律原則的要求，能因其固有的倫理优越性而有权廢棄国内旧有的法律。

羅馬的“衡平法”在結構上比較簡單，它从开始出現时起的全部發展过程是很容易查考的。它的性質和它的历史都有詳加研究的必要。它是对人类思想有着深远影响的、通过人类思想严重地

影响了人类命运的那几种概念的根源。

羅馬人認為他們的法律制度是由两个要素組成的。經查斯丁尼安皇帝欽定出版的“法学阶梯” (Institutional Treatises) 中說, “受法律和習慣統治的一切国家, 部分是受其固有的特定法律支配, 部分是受全人类共有的法律支配。一个民族所制定的法律, 称为該民族的‘民事法律’, 但是, 由自然理性指定給全人类的法律, 則称为‘国际法’, 因为所有的国家都采用它。”所謂“由自然理性指定給全人类的”这一部分法律, 就是被假定为由“裁判官告令”带入羅馬法律学中的原素。在有些地方, 它被簡單地称为“自然法” (Jus Naturale); 它的規定据說是受命于自然衡平 (naturalis aequitas) 和自然理性。我将設法發掘这些著名成語如“国际法”、“自然法”、“衡平法”的淵源, 并进而决定它們所表示的概念在相互之間存在着什么关系。

有一些学者对于羅馬历史只有極膚淺的知識, 当他看到許多外国人用各种名义在共和国境內出現, 以及共和国的命运竟会受到非常程度的影响, 一定有很深刻的印象。在較后时期, 这种侨民入境的原因是很容易被理解的, 因为我们很容易体会为什么各族人民都要成羣結队地到这世界霸主的国家来; 在羅馬国家最早的紀錄中, 我們就發現有这种大量外国人和归化者移入的現象。毫无疑义, 古代意大利大半是由强盜部落所組成的, 社会的不安定使得人們集居在有力量的来保护自己并可以不受外界攻击的任何社会領土內, 縱使这种保护要以付重稅、以政治上权利的被剝夺、以忍受社会恥辱作为代价, 也在所不惜。这个解釋也許是不完全的, 要作一比较完全的解釋, 还必須考虑到当时活跃的商业关系, 这种关系虽然很少在共和国的軍事傳統中反映出来, 但羅馬在史前时期是必然地和迦太基 (Carthage) 以及和意大利內地存在着这种关系。不論情况究竟是怎样, 共和国中的外国人实决定

着其历史的全部过程，在这个历史的各个阶段中，几乎完全是在说明一个顽强的民族与一个外来的人民之间的冲突。在现代世界中从来没有发生过这种情况，一方面，因为现代欧洲社会很少或从来没有受到过足以使土著公民感觉得到的大量的外国移民侵入，另一方面，因为现代国家的团结一起是依靠着对于一个国王或政治上强有力者的忠诚，因此这些国家可以用古代世界所没有见到过的速度吸收着相当数量的入境移民，但在古代世界中，一个社会的本地公民常常自以为是由于血统而结合在一起的；他们反对外来人民主张平等权利，认为这是对于他们生来固有权利的一种篡夺。早期罗马共和国在“宪令”中规定有绝对排斥外国人的原则，在“市民法”中也有同样规定。外国人或归化者在“国家”利益休戚相关的任何机构中，是不能参与的。他不能享受“公民法” (Quiritarian law) 的利益。他不能成为耐克逊的当事人，这种契约在有一个时期是原始罗马人的让与证据同时也是契约。他不能用“提供誓金之诉” (Sacramental Action) 起诉，这种涉讼的方式其渊源可以追溯到文明的萌芽时代。但是，不论是为了罗马的利益或是为了罗马的安全，都不允许把外国人完全剥夺法律的保护。所有古代社会往往为了轻微的骚动就有被颠覆的危险，所以单单出于自衛的本能，就足以迫使罗马人要想出某种方法来安排外国人的权利和义务，否则他们也许会——而这是古代世界中一种真正重要的危险——用武力斗争来解决争执。况且，在罗马史中从来没有一个时期完全忽略对外贸易。因此，对于当事人双方都是外国人或者一方是本国人一方是外国人的争议，在最初所以有审判权，也许一半是作为一种警察手段，一半是为了要促进商业。由于这类审判权的存在，就有必要立即发见某种原则，以便据以解决提交审判的问题，而罗马法律家为了达到这目的而采用的原则是卓越地反映着当时的特点的。像我在前面已经说过的，他们拒绝用纯粹的罗马

“市民法”来判决新的案件。他們拒絕采用外国訴訟人“本国”的特定法律,显然这是因为,如果这样做了,也許要造成法律的退化。他們最后采用的方法,是選擇羅馬同外来移民所出生的意大利各个不同社会中共有的法律規定。换言之,他們开始形成一种符合于“万民法”(Jus Gentium)的原始的和字面的意义的制度。所謂“万民法”,即“所有国家共有的法律”。事实上,“万民法”是古意大利各部落各种習慣共同要素的总和,因为这些部落是羅馬人有办法可以觀察到的、并且是不断把移民一羣羣送到羅馬土地上来的所有国家。当有一种特別慣例被看到为大量的各別民族共同应用时,它即被紀錄下来作为“所有国家共有的法律”或是“万民法”的一部分。像这样,在羅馬四周各个不同的国家中,对于財產的讓与虽然都必然地伴随着很不同的形式,但是准备要讓与的物品的实际移轉、交付或是送达乃是它們之中共有儀式的一部分。例如,这就是“曼企帕地荷”(Mancipation)或是羅馬所特有的讓与方式中的一部分,虽然是一个次要的部分。因此,交付既然很可能是被法学專家有机会觀察到的各种讓与方式中的唯一共同要素,它就被訂作“万民法”中的一种制度,或是“所有国家共有法律”的一項規定。大量的其他慣例在經過仔細研究后,也得到同样的結果。它們都有一个共同目的,具有某些共同特点,这些特点就被归类在“万民法”中。因此,“万民法”是規則和原則的一个集合物,这些規則和原則經過觀察后被决定是各个意大利部落間当时通行的各种制度所共有的。

上面所說的“万民法”的起源情况,也許足以消除这样一种誤解,即認為羅馬法学家似乎对“万民法”特別重視。“万民法”的产生,一部分是由于他們輕視所有的外国法律,一部分是由于他們不願以其本土的“市民法”(Jus Civile)的利益給予外国人。誠然,現在如果我們執行着羅馬法学專家当时所进行的工作,我們

对于“万民法”可能会采取一种完全不同的看法。我們对于这样辨别出来的作为大量不同慣例的基础而普遍存在的要素，必然会附着某种模糊的优越或佔先之感。我們对于这样普遍地适用的規則和原則，必然会有几分尊重。也許我們會認為，这种共同的要素是进行交易所必需的本質，而剩下来的在各个社会中不相同的仪式，則只能被認為是偶然的和非必要的。我們也可能会作出这样的推論，認為我們正在进行比較的各个民族，在过去可能曾經一度遵守过一种共同的偉大制度，而“万民法”就是这个制度的一个复制品，認為各个国家中錯綜复杂的慣例，只是过去曾經一度管理过他們的原始状态的比較簡單的法規的訛誤和殘余。但現代思想引导觀察者达到的这些結論，与原始羅馬人本能地感到的結論几乎恰恰相反。我們所尊重或讚美的，正是他所不喜欢的或疑惧的。他所爱好的那部分法律学，正是現代理論家認為不必加以考虑的和暫时的；例如“曼企帕地荷”中的庄严手势；口头契約中巧妙地安排的問和答；辯护与訴訟中不胜枚举的手續程序。“万民法”只是由于政治需要而強使他注意的一种制度。他不爱“万民法”正像他不爱外国人一样，因为“万民法”是从这些外国人的制度中来的，并且是为了外国人的利益而制定的。在“万民法”能得到他的重視以前，必須在他思想中有一次徹底的革命，但当这个革命确实發生时，它真进行得非常的徹底，我們現在对于“万民法”的估計所以与剛才所說的完全不同，其真正理由就在于現代法律学和現代哲学所持的观点都是繼承着后期法学專家就这問題所持的成熟見解的。过去确实有过这样一个时期，把这仅仅是“市民法”的一个卑賤附屬物的“万民法”認作为一切法律所應該尽可能依从的一个偉大的、虽然还没有完全發展的模範。这个剧变的發生是正当希臘的“自然法”理論被适用于羅馬的“所有国家共有法律”的實踐中的时期。

所謂“自然法”(Jus Naturale)只是从一个特別理論的角度来

看的“万民法”或“国际法”。法学專家阿尔比安曾經以一个法学家所特有的辨别的癖好，企圖把它們加以区别，但結果沒有成功。根据有更高权威的該雅士的言論，以及前面从“法学教典”中所摘引的部分，使我們毫不怀疑，这些用語在实际上是可以通用的。它們之間的差別完全是历史的，在本質上，它們之間不可能有什么区别。“万民法”或“所有国家共有法律”与“国际法”之間的混淆不清，完全是現代的，这几乎是不必加以說明的。国际法的古典用語是“使节法”(Jus Feciale) 或談判与外交的法律。但是毫無疑問，“万民法”的含义不明对于独立国家之間的关系应由自然法来管理这一个現代理論的产生曾起过很大的作用。

我們有必要研究一下希腊的自然和自然法律的两个概念。 $\phi\acute{\upsilon}\sigma\iota\varsigma$ 这个字在拉丁文中是 *natura*，在英文中是 *nature*，它的含义毫無疑問原来是指物質宇宙，但这个物質宇宙是从完全另外一个角度来領会的，由于我們的智力与当时的智力有着距离，这一个角度，在現代語言中，就不很容易加以說明。自然指的是物質世界，是某种原始元素或規律的結果。最古的希腊哲学家習慣把宇宙結構解釋为某种單一原則的表現，这种原則，他們有不同的看法，認為是运动、是強力、是火、是湿气、是生殖。“自然”的最簡單和最古远的意义，正就是从作为一条原則表現的角度来看的物質宇宙。此后，后期希腊各学派回到了希腊最偉大知識分子当时迷失的道路上，他們在“自然”的概念中，在物質世界上加上了一個道德世界。他們把这个名詞的範圍加以扩展，使它不仅包括了有形的宇宙，并且包括了人类的思想、慣例和希望。这里，像以前一样，他們所理解的自然不仅仅是人类的社会的道德現象，而且是那些被認為可以分解为某种一般的和簡單的規律的現象。

犹如最古的希腊理論家所假定的机会的嘲弄使物質宇宙从其簡單的原始形式变成為現今的龐杂状态，他們的聰明的后裔幻想

着，倘若不是凑巧的意外人类很可能会使其自己生活于較簡單的行动規律和一种比較平靜的生活中。按照自然而生活，曾被認為是人类生存的目的，并且是最优秀的人必須要达到的目的。按照自然而生活，是解脫粗俗人民的混乱習慣和粗野放縱而达到較高級的行为規律，这些規律只有有志者通过克己和自制才能加以遵守。尽人皆知，这个命題——按照自然而生活——是著名的斯多葛派 (Stoic) 哲学哲理的总和。在希腊被征服后，这种哲学在羅馬社会中立刻有了長足的發展。它对于有权势的階級有着自然的魔力，这个階級的人們至少在理論上还墨守着古代意大利民族的簡單習慣，不願意使自己屈从于新的外来的風俗習慣。他們于是立即开始爱好斯多葛派关于按照自然而生活的訓戒。当时由于对世界的掠夺，由于各地最奢侈民族的榜样，羅馬城中充滿了蕩佚荒淫，这种爱好，相比之下，益加可喜，我并且要說，益加可以尊貴。縱使我們不能从历史上来加以証实，但我們仍可以断定，出現于这新希腊学派門徒的前列的，一定是羅馬法学家。我們有大量証据，証明在羅馬共和国中，實質上只有两种职业，軍人一般地就是行动的一派，而法学家則普遍地站在反抗派的前列。

法学家同斯多葛派哲学家的联盟，延續到数世紀之久。在一系列的著名法学專家中，其最早的几个名人都同斯多葛学派有联系，景后，一般公認羅馬法律学的黄金时代是在安托宁·凯撒 (Antonine Cæsars) 的时代，而他們就是从这派哲学中取得一种生活規則的最著名的門徒。这些学理在一些从事特殊职业的人中間長期广泛傳播，必然要影响他們所执行的和掌握的艺术。在羅馬法学專家的遺著中，有些論点簡直不能理解，除非我們掌握了斯多葛派的哲理把它用作一把鑰匙；但同时，如果我們只計算那些肯定歸属于斯多葛派教条的法律条文的数目来衡量斯多葛学派对于羅馬法所發生的影响，这将是一个严重的、虽然是很普通的錯誤。一般人以

为,斯多葛学派的力量并不在其规定的行为准则中,因为这些准则常是可厌和可笑的,而是在于伟大的(虽然是模糊的)教人抑制情慾的一些原则中。同样地,最明显地表现于斯多葛哲学上的希腊理论对法律学上的影响,并不在于它们提供给罗马法的特殊论点的数量,而在于它们给予它的单一的基本假设。自从自然一语已成为罗马人口头上一个家喻户晓的名词以后,这样一种信念便逐渐在罗马法学家中间流行着,即旧的“万民法”实际是已经失去的“自然”法典,至于“裁判官”根据“万民法”原则而创制的“告示”法律学,则正在逐渐恢复法律因为背离了它而退化的一种范式。从这信念出发,我们立即得到了这样一个推断,即“裁判官”有责任尽量以“告示”来代替“市民法”,尽可能把“自然”用以管理处于原始状态中的人们的各种制度恢复过来。当然,用这个媒介来改良法律,还存在着许多障碍。甚至在法律界本身,可能还要克服各种偏见,而罗马人的习惯也是非常固执,不肯很快屈服于单纯的哲学理论。“告示”用以反抗某种专门的变例的间接方法,显示出作者的不得不非常谨慎注意,而且直到查斯丁尼安时代,还有部分的旧法固执地拒绝它的影响。但是,从整体来讲,罗马人在法律改进方面,当受到“自然法”的理论的刺激时,就发生了惊人迅速的进步。单纯化和概括化的观念,是常常和“自然”这个概念联系着的;因此单纯匀称和通晓易懂就被认为是一个好的法律制度的特点,过去对于复杂言语、繁褥仪式和不必要困难的好尚,便完全消除。罗马法所以能具有现存形式,是依靠着查斯丁尼安的坚强意志以及不寻常的机会,但是制度的基本图形,则在皇帝的改革实行以前很早就计划定当了。

旧“万民法”与“自然法”之间,其确切的接触之点是什么?我以为它们是通过原来意义的“衡平”(Æquitas)而接触和混合的;这里,我们似乎在法律学上第一次遇到“衡平”这个著名的名词。在研究一个来源如此古远、历史如此悠久的用语上,如果可能,最妥

当的办法是深追最初隱藏这概念的簡單隱喻或比喻。一般认为 *Aequitas* 就是希腊文 $\acute{\alpha}\sigma\acute{\iota}\tau\eta\varsigma$, 即平均或按比例分配的原則。数或量的平均分配无疑地是和我们对公正的理解密切地交織在一起的; 很少联想能象这样頑固地坚持在人們的心中, 即使是最深刻的思想家也很难把它从脑海中加以清除。但在探求这种联想的来历时, 我們当然还不能証明它是一种早期的思想, 它只是比較后来的一种哲学的产物, 同时也必須注意, 希腊民主政治用以夸耀的法律“平等”——这种平等, 在卡利斯屈拉得斯(*Gallistratus*)的美丽的酒歌中, 据說是哈馬笛斯(*Harmodius*) 和阿利斯托杰頓(*Aristogiton*) 給予雅典人的——与羅馬人的“衡平”很少共同之处。前者表示在公民中間平等施行民事法律, 縱使公民这一个階級的人数是非常有限的; 后者的含义是把民事法律以外的一种法律适用于不一定要由公民組成的一个階級。前者不包括暴君; 后者包括着外国人, 在某种情况下, 并且包括奴隶。总的講来, 我傾向于从另外一个角度来探求羅馬“衡平”的胚种。拉丁文 “*æquus*” 比希腊文 “ $\acute{\alpha}\sigma\acute{o}\varsigma$ ” 更明确地帶有平准的意思。平准的傾向正是“万民法”的特点, 这种傾向是一个原始羅馬人最注意的。純粹的“公民法”承認在各階級人类和各种类財產之間有大量的武断的区分; 至于把許多不同習慣加以比較概括起来的“万民法”則不承認“公民法”的这些区分。例如, 古羅馬法規定在“宗亲”(Agnatic) 与“血亲”(Cognatic) 关系之間具有一种根本的区别, 前者是指基于共同服从于同一家父权的“家族”, 后者是指(按照現代的观点)單單由于源自共同祖先的事实而結合起来的“家族”。这个区分在“各国共有法律”中不复存在, 在財產的古代形式之間、即所謂“要式交易”物 (Things “*Mancipi*”) 与“非要式交易”物 (Things “*nec Mancipi*”) 之間的區別, 也是如此。因此, 据我看来, 这种界限不清, 就是以“衡平”表示的“万民法”的特色。当裁判官制度适用于涉及外国訴訟人的案

件时，常常發生有要求平准或排除不規則的必要，我猜想这个字在最初就是用来描述这种情况的。起始，在这个用語中可能没有任何倫理的色彩；也沒有任何理由可以相信它所指的訴訟程序就不是原始羅馬人心目中所極端嫌惡的訴訟程序，而是另一种訴訟程序。

在另一方面，羅馬人通过“衡平”这个名詞所理解的“万民法”的特点，正就是对假想中的自然状态的第一次和最鮮明地感覺到的特点。“自然”含有匀称秩序的意思，先是在物質世界中，而后是在道德世界中，而对秩序的最早的看法，无疑地含有直綫、平面和長短之意。人們不論是在想象假定中的自然状态的輪廓，也不論是在想象“各国共有法律”的确实行使情况时，都会不自覺地想到这种同样种类的圖画或数字，并且我們所知道的关于原始思想的知識，会使我們达到这样一个結論，即这种想象上的相似性很可能会促使我們相信这两种概念在实际上是一回事。可是，虽然“万民法”在羅馬在事前很少有或者沒有有什么声望，但是当“自然法”的理論被介紹到羅馬时，带来了高度的哲学权威的威望，并且被認為是同羅馬民族較早和更幸福的情况有联系的。不难理解，观点的不同会如何地影响到这名詞的含义，它既描述了旧原則的运用，又描述了新理論的結果。即在現代的人看来，把一个过程描述为“平准”的过程，而同时把这个过程称为“变例的糾正”，也不能認為完全是一回事，虽然两者的含义确切地講来是一样的。我也并不怀疑，当“衡平”一經被理解为具有希腊理論的含义时，从希腊平均(ἑσῶτης)觀念所發生的各种联想，便开始环繞在衡平的周圍。西塞罗的言論把它夸大了，而这就是衡平这个概念發生变質的第一个阶段，并为自从那个时候起的几乎每一个倫理制度或多或少推动着进行的。

这里必須說明一下，起初同“各国共有法律”發生联系、后来又同“自然法”联系的各种原則和差別，是通过了什么正式手段而逐漸結合到羅馬法律中去的。因塔基士(Tarquins)的被放逐而在古

羅馬史上引起的危机中，發生了在許多古代国家早期史乘中相类似的一种变化，但这种变化同我們今天所称为革命的那些政治事件，很少共同之处。最妥当的說法，可以說是君主政体被轉变为委員政治。以往被集中在一个人手中的权力，現在被分配給了許多选任官吏，王位这个名称仍旧被保持着，放在后来被称为“献身王”（Rex Sacrorum 或 Rex Sacrificulus）的一个人物身上。变化的一部分是把最高司法机关的固定职务移轉給了“裁判官”，他同时是共和国的首席官吏，跟着这些职务一併移轉的有法律的和立法的无限制的最高統治权，这是始終为古代主权者所掌握，并且是显然地同他們一度所享有的宗法的和英雄的权力有关系的。羅馬当时的情况，使这些被移轉的职能中这个比較不确定的部分特別显得重要，因为，随着共和国的建立，迫使国家不得不进行一系列反复的試驗，以求解决这样一个困难，使能很好处理这一部分人，他們在技术上不符合于土著羅馬人的标准，但却長期隶属于羅馬审判权之内。在这类人之間或在这类人和土著公民之間所發生的爭執，如果“裁判官”不进行处理，則將永远处于羅馬法所能提供的救济的范围之外。随着商业的扩展，在羅馬人民和真正的外國人之間發生了更为严重的糾紛，不久也迫使他不得不加以处理。約在第一次布匿战争（Punic War）时期，羅馬法院中这类案件的数量，大量增加，当时就任命了一个專任“裁判官”即后来被称为“外事裁判官”的（*Prætor Peregrinus*）来專門处理这些案件。同时，羅馬人为了預防暴政的复辟，使职责范围有逐漸擴張趋势的每一个高級官吏在他就职之时，公布一个“告令”或布告，在这个“告令”或布告中，他把他負責部門的管理方式公布出来。“裁判官”采用了与其他高級官吏同样的規定；但每年規定一套原則制度，必然是不可能的，他只是照例把他前任的“告令”重新公布一次，并針對当前的迫切需要或根据他自己对于法律的見解，作一些增加或者变更。

这样每年由于新增部分的不断加长,“裁判官”告令就获得了“常續告令”(Edictum Perpetuum)的名称,意即連續的和不断的告令。它的无限长度,再加上了它结构必然地杂乱无章,引起了嫌恶,使一次次往上增加的习惯,到了薩尔維士·犹令安(Salvius Julianus)的年代就被终止了,犹令安是汉德林皇帝(Emperor Hadrian)朝代的一个高级官吏。这一个“裁判官”的告令便包括了全部的衡平法律学,可能被用了新的和均称的顺序加以排列,于是,在罗马法中,常續告令便常被称为“犹令安告令”(Edict of Julianus)。

一个研究“告令”这特殊机构的英国人,可能会發生的第一个问题,是“裁判官”的这些广泛权力,究竟有没有限制的范围?这样很少有明确界限的权威,如何与社会的和法律的稳定条件相适应?要求得一个答案,只有通过詳細研究我們自己施行英国法律的各种条件。必須記着“裁判官”本身是一个法学專家,或者是一个完全掌握在都是些法学專家的顧問手中的人,那就很可能,每一个罗马法学家都焦急地在等待着有一天時間到来,他能充任或掌握这偉大的司法高級官职。在这期間內,他的嗜好、情感、偏見和教养程度不可避免地是属于他自己階級的,而他最后帶到他职位上的資格也必然是他在职业的實踐和研究中所获得的。每一个英国大法官所受到的正是完全同样的訓練,他所帶到大法官席上的正是同样的資格。在他就任时就可以决定,到他离职前必将在某种程度上变更法律,但是直到他离去职位和直到他所作的一系列判决完全被記載于“法律記錄”以前,我們不能發現他对于前輩所遺留下來的原則,究竟有了多少的闡明或增加。“裁判官”对罗马法的影响,和我們所不同的,只在其結果被确定的期間。像前面已說过的,他的任期只有一年,而他在任期以內所作的判决,虽然对于訴訟人当然是不可推翻的,但此外就沒有別的价值。因此,他宣布想实行变革的最順利的时期即是在他就“裁判官”职位的时候;所以,

他在就职时公开地做的，正是其英国代表在最后不声不响和有时不自覺地做的。对于这种显然的自由所加的节制，也正和加于一个英国法官的完全一样。理論上，对于他們二者的权力，似乎都并没有任何限制，但是在事实上，羅馬“裁判官”和英国大法官一样，被其早期訓練浸潤的先入之見以及职业論点的有力抑制束縛在極其狹小的活动範圍之內，这些抑制的严格程度非身受者是不能体会的。應該附加說明的，那許可行动的范围以及其不准踰越的范围，都是非常清楚地被标明的。在英国，法官遵循着記錄判决中各类事实而进行类比。在羅馬，由于“裁判官”的干預在最初仅仅是为了关心社会的安全，那就很可能，在最早的时候，干預的多少决定于它所必須解决的困难的程度。后来，当“解答”引起了大家对于原則的兴味时，他就无疑地利用“告令”作为一种手段，来广泛推行他和同时代的其他法学專家認之为法律基础的那些原則。最后，他竟完全处在希腊哲学理論的影响之下，这些理論立即推动他前进，并把他局限于一个特殊的發展过程中。

对于薩尔維士·犹令安所采取的措施的性質，有很多的爭論，無論如何，这些措施对于“告令”的影响是非常明显的。“告令”不再因每年有所增加而延長。在这以后，羅馬衡平法律学由于汉德林朝代到亞力山大·賽弗拉斯 (Alexander Severus) 朝代一系列偉大法律学專家的辛勤著作而得到發展。他們所建立起来的奇偉制度，在查斯丁尼安“法学彙纂” (Pandects of Justinian) 中还保存着一些片断，証明他們的著作采用了論文的形式討論了“羅馬法”的全部，但主要的是对“告令”加以解釋。真的，在这个时代中，一个法学專家不論其处理的是什么，他总可以称为是“衡平法”的一个釋义者。在“告令”被停止应用的时代以前，“告令”的原則已經滲入了羅馬法律学的每一个部門。必須了解，羅馬的“衡平法”縱使在和“市民法”完全不同的时候，也始終是在同一个法院內执行的。

“裁判官”是普通法的大官吏，也是衡平法的首席法官，并且一到“告令”發展成为一种衡平規定时，“裁判官”法院立即开始适用它，以代替“市民法”的旧規定，或者与其同时适用，这样旧規定就不經過立法机关的立法行为而直接或間接地被廢棄了，其結果，当然只是法律与衡平完全不相融合而已，这种融合要直到查斯丁尼安改革时方才实现。法律学上这两个要素在技术上的分割，必然地造成了某种混乱和不便，而“市民法”中有些比較頑固的学理，則又是“告令”著者或釋义者都不敢加以干涉的。不过在同时，在法律学的領域內，几乎沒有一个角落沒有受到“衡平法”或多或少的影響。它供給了法学家他所使用的一切概括材料、所用的解釋方法、他对原理的釋明，以及大量的限制規定，这些規定很少受到立法者的干預，但却严密地控制着每一个立法法案的应用。

法学家的时期同亞力山大·賽弗拉斯同时告終。从汉德林到这个皇帝时为止，法律在繼續不断地改进着，正如現在在大多数大陆国家中一样，一部分通过审定的解釋，一部分通过直接立法。但在亞力山大·賽弗拉斯在位的时期，“羅馬衡平法”的發展力量似乎已到了枯竭的时候，法学專家的延續也停止了下來。余下來的一部分羅馬法律史是君主立法史，最后，則是試圖把到这时为止已成为羅馬法律学的这个龐大軀体編成法典的历史时期。这样一种最后的和最著名的試驗就是查斯丁尼安的“民法大全”。

要把英国的和羅馬的衡平法詳細地加以比較或对照，是一件冗長可厭的事，但有必要提出它們所共有的两个特点。第一个特点是这样的。它們都傾向于、并且所有这类制度都是这样地傾向于和旧普通法第一次为衡平法所干涉时的那种状态完全一样的状态。这样一个时期是必然会到来的，就是原来采用的道德原則已經發揮出了所有的合法的結果，于是，建筑在这些道德原則上面的制度，就会像最严峻的法律法典那样地生硬、那样地沒有伸縮、

那样地不得不落后于道德的进步。在罗马，这样一个时期正是亚力山大·赛弗拉斯在位的时期；在这以后，虽然整个罗马世界正在经历着一次道德革命，但“罗马衡平法”已停止扩展。英国法律史达到这同一阶段时，正是大法官厄尔顿爵士在任的时候，在我们的衡平法官中，他是第一个人不但不用间接立法的方法来扩大其法院的法律学，并且终其身致力于解释它和协调它。如果法律史的哲学会在英国被更好地理解，则厄尔顿爵士的贡献，将不会像同时代法学家对待它那样，一方面加以夸张而另一方面则不予重视。还有其他各种误解，曾发生某种实际效果的，也许可能会得到避免。英国法学家很容易看出，“英国衡平法”是建筑在道德规则上的一种制度；但是却忘记了这些规则是过去几世纪的——而不是现在的——道德，忘记了这些规则已经几乎尽它们所能的受到了多方面的应用，并且忘记了它们虽然同我们今天的伦理信条当然并没有很大的区别，但它们并不一定同我们今天的伦理信条处在同一个水平上。一般人对于这个主题所采用的各种理论并不完全，这造成了两种相反的误解。许多研究“衡平法”的著者，看到了这个制度在今日的完整状态，竟然会明显地或暗示地自陷于这样一种矛盾的说法，即认为衡平法律学的始创人在奠定第一块地基时，就已经筹划着它今日的固定形式。而另外一些人则抱怨着——这是一种时常在法庭辩论中提到的不平——以为衡平法院所执行的道德规定已不完全合乎今日的伦理标准。他们希望每一个大法官对法律学所做的，能完全和英国衡平法的先辈们对旧普通法所做的一样。但这是和促使法律改进的媒介顺序，恰恰相反的。衡平法自有它的地位和它的时期；但我在前面已经指出了，当衡平法的活力消耗完了时，另一个手段已经准备好来继承它了。

英国和罗马衡平法还有另一个显著的共同特点，即原来用以辩护衡平主张比法律规定优越的这个假定，是虚伪的。对于人们，

不論是个人或是集体，没有东西比把他們的道德进步認作一个实体的现实性，更可厌恶的了。这种厌恶情緒，就个人而言，表现在过分的尊敬，这种过分的尊敬通常是只用以对一致性的这个可疑的美德的。全社会集体意見的动向是非常明显，不应加以忽視的，并且一般是非常明显地为了求得进步不应加以诋毀的，但是社会上有一种巨大的阻力，不願接受它，把它作为一种原始現象来对待，而一般都只把它解釋为恢复一个失去的至善 (lost perfection)——逐渐回返到民族未墮落以前的状态。这种向后而不是向前去寻求道德进步目标的傾向，像我們已看到的，在古代就对羅馬法律学产生了最深远的影响。羅馬法学專家为了要說明“裁判官”对法律学所作的改进，从希腊借用了一个人类“自然”状态——一个“自然”社会——的学理，这种自然社会是出現于由现实法統治的社会組織之前的社会。另一方面在英国，則用一些特別适合于当时英国人口味的观念，来解釋“衡平法”主張的优于普通法，这些观念假定国王作为其宗主权的自然結果，是應該被推定为具有监督公正执行的一般权利的，过去有这样一种旧的学理，認為“衡平法”来自国王的良心——这种改进在实际上已經發生在被指为主权者在道德意义上的一个固有的提高的社会道德标准中了，这种見解是和前述的見解相同的，不过表現于一种不同的和一种更为离奇古怪的方式中而已。英国宪法的發展，使这种一条理論在过了一个时期以后，就不合口味；但是，衡平法院的审判权在当时既然已經坚定地确定了，那就沒有另設任何正式代替物的必要。在现代教科書中，关于“衡平法”的理論是多种多样的，但都是同样的不足取。其中絕大部分都只是把羅馬的自然法学理加以改头換面，尤其是那些著者，他們在开始討論衡平法院的审判权时就在自然公正和民事公正之間加以明白的区分，那真是把羅馬自然法学理的要旨全部采納了。

第四章 自然法的現代史

从前面所說的，可以推断，改变羅馬法律学的理論决不能被認為有哲学上的正确性。这种理論事实上包括了“思想的混合方式”之一，这种所謂思想的混合方式現在被認為是人类思想初期的最高思想的特点，同时也是我們今天的智慧的努力所不难發現的。“自然法”把“过去”与“現在”混淆起来了。邏輯上，它意味着曾經一度由自然法支配的一种“自然”状态；但法学專家并不明白地或确信地说到过有这样一个状态存在，这种状态除了偶然在幻想黄金时代的诗歌中能發現外，的确也絕少为古人們所注意到。自然法从实际效果講，是屬於現代的产物，和現存制度交織在一起的东西，是一个有資格的观察家可以从現存制度中区分出来的东西。把“自然”的法規从同这些法規混淆在一起的各种粗陋成分中分离开来的鑑別方法，是一种單純和調和的感觉。但是这些經過提炼出来的原素所以能受到重視，却并不是由于它們的單純和調和，而是由于它們来自太古的“自然”統治。这种混淆並沒有为法学專家的現代學生們成功地解釋清楚，而对“自然法”提出的一些近代純理論中暴露出来的認識模糊、用語含混不清之处，实际上远比我們公正地責咎于羅馬法学家的还要来得厉害。有些研究这个主題的著者，認為“自然”法典存在于将来，是所有民事法律正在走向的目的，他們企圖用这种方法来避免基本的困难，但是这非但同旧理論所根据的假設完全相反，而且也許混杂了两种自相矛盾的理論。这种不問过去只向将来寻求完善典型的傾向，是由基督教帶到這世界上来的，古代文学很少或者沒有暗示过这样一种信念，即認為社会进步必然地是从坏到好的。

但是，这个理論在哲学上虽然有其缺陷，我們却不能因此而忽視其对于人类的重要性。真的，如果自然法沒有成为古代世界中一种普遍的信念，这就很难說思想的历史、因此也就是人类的历史，究竟会朝哪一个方向發展了。

法律以及由法律結合在一起的社会，在其幼稚时代，似乎很容易遭受两种特殊危險。其中之一是，法律可能發展得太快。在比較进步的希腊社会中，它們的法典就發生过这种情形，这些法典用惊人的速度从繁杂的程序形式和不必需的術語中解脫出来，并且不久以后就使各种严峻的規定和規則上不再依附着任何迷信色彩。它們这样做，其本意并不是为了人类的最終利益，虽然因此而使其公民获得的直接好处可能是相当大的。国民性中最罕見的特性之一，是这样的来应用和制定法律的能力，即一方面在达到抽象公正中忍受着不断地發生的錯誤，而在同时却不喪失法律可能符合于一个較高理想的希望或願望。希腊的思想家本其高貴的和順应的特性，沒有把自己局限在窄狹的法律公式中；我們对于雅典平民法院的工作情况掌握着正确的知識，如果我們用雅典平民法院来推測希腊的法院，則我們可以知道，在希腊法院中有着非常强有力的傾向把法律与事实混淆在一起。当时“演說家”(Orators)的遺著，以及亞里士多德(Aristotle)在“修辭学論”(Treatise on Rhetoric)中所保存的法庭語录，显示出当时对純粹的法律問題往往是用可能影响法官心理的各种理由来进行辯論的。通过这种方法，不可能产生持久的法律学制度。一个社会对于某些特殊案件，为了要得到一个理想的完美的判決，就毫不迟疑的把阻碍着完美判決的成文法律規定变通一下，如果这个社会确有任何司法原則可以傳諸后世，那它所能傳下来的司法原則只可能仅仅是包括着当时正在流行的是非觀念。这种法律学就不能具有为后世比較进步的概念所能适合的骨架。充其量，它只是在帶有缺点的文明之下成长起

来的一种哲学而已。

很少民族社会的法律学曾受到这种或則过早成熟或則时机未熟就已經瓦解的特殊危險的威胁。究竟罗马人有没有受到过它的严重威胁,当然还不能确定,但是无论如何,羅馬人在其“自然法”的理論中是有着适当的保护的。因为法学專家显明地把“自然法”想象为一种應該逐漸吸收各种民事法律的制度,但是在民事法律还没有被廢棄以前,自然法却不能把它們取而代之。在国外自然法是沒有这种神聖不可侵犯的印象的,就是只要向它提出申訴就有可能使处理特定訴訟案件的法官的心理为之折服。这个概念的所以有其价值和作用,是因为它能使人在想象中出现一个完美法律的典型,它并且能够鼓舞起一种要无限地接近于它的希望,而在同时,对于还没有适应于这个理論的那些現存法律义务,它又从不使法律实务者或市民加以否認。同样重要的,應該看到,这个模范制度同許多在以后时期曾嘲弄过人們的希望的制度不同,并不完全是幻想的产物。从来沒有人把它看作是建筑在完全沒有經過考驗的原則之上的。一般的看法,它是現存法律的基础,并且一定要通过現存法律才能找到它。它的职能,簡單地講,是补救性的,而不是革命性的或无政府状态的。这一点,不幸地,恰恰就是現代对于“自然法”的見解常常不再和古代見解相同的地方。

社会在幼年时代要招惹到的另外一种危險,曾阻碍了或停住了更大一部分人类的进步。原始法律的僵硬性,主要是由于它同宗教的早期联系和同一性而造成的,这种僵硬性曾把大多数人在生活和行为上的見解束縛住,使它們和人們的慣例第一次被固定为有系統形式时的見解一样。世界上只有一二个民族由于奇異的命运才能使它們免除了这种不幸,而从这些民族所出的支系曾丰富了少数现代社会,但是情况仍旧是这样:在大部分世界中,只有墨守着由原始立法者所設計的最初計劃,法律才能达到其完美性。

如果在这类情形中，智慧确曾对法律發生过影响，那它能一致地以之自夸的，就是它能在古原文的基础上，求得种种机巧的牵强附会的結論，而在其文字性質上却毫无显著的背离。我找不出任何理由，为什么羅馬法律会优于印度法律，假使不是“自然法”的理論給了它一种与众不同的优秀典型。在这个稀有的事例中，这个由于其他原因而注定了对人类發生巨大影响的社会，把單純和勻称作为其心目中一个理想的和絕对的完美法律的特証。一个国家或者一个职业在其力求改进时，如果能有一个明显的要达到的目标，其重要性是不能忽視的。在过去三十年間，边沁之所以能在英国發生巨大影响，其秘密就是在于他能成功地把这样一个目的，向国人提出。他給我們一个明白的改良規則。前一世紀中的英国法学家是敏銳的，当然不致于会被这样一个似是而非的言論所蒙蔽，以为英国法律是人类完美的理想，但是由于缺乏任何其他原則可資依据，他們在行动上似乎就相信着这样一个說法。边沁提出社会幸福，把它作为优先于其他一切的首要目的，这样，就使一个長期以来正在寻找出路的洪流，得到了發洩。

如果我們把前面所描述的假定作为边沁主义的古代对 称 物，这不能說是完全出于妄想的一种比較。羅馬理論引导人們努力的方向，正和这个英国人計議的理論所导致的方向，完全相同；羅馬理論的实际結果，同主張坚决地追求社会一般幸福的改良法学派所可能达到的結果，不致于有很大的区别。但如果認為这个理論是边沁原則的有意識的豫期，則是一种錯誤。毫无疑义，在羅馬的普通文献和法律文献中，确有时以人类幸福作为补救立法的正当目的，但如果拿有关这个原則的証据，同不断地給予“自然法”籠盖一切的主張的頌揚相比，則前者是显著地少而无力的。羅馬法学專家所甘心悅服的，不是近似博爱的东西，而是它們的單純和調和之感——就是他們意味深長地称为“文雅”的东西。他們辛勤劳力

的結果，恰和一个更精确的哲学所企求的相一致，这正是人类好运的一部分。

回过头来看自然法的現代史，我們断然相信它的影响是广泛深入的，但这种影响的是好是坏，則就比較难以坚定地加以肯定。同它有关的各种学說和制度，是在我們时代中爭論最剧烈的一些資料。譬如說，“自然法”理論是一切特殊觀念如法律、政治与社会的淵源，在过去一百年間通过法国而傳遍西方世界。法学家在法国史上所佔有的地位以及法律概念在法国思想中所占的領域，始終是非常巨大的。但現代欧洲的法律科学，其起源实在不是在法国，而是在意大利，在意大利各大学的使者在大陆各地創設的和企圖(虽然結果是徒劳的)在我島国創立的学校中，建立在法国的学校对这个国家的命运产生了最大的影响。当时的法国法学家立即同加佩皇族(house of Capet)的国王們結成了密切的联盟，而法兰西君主国之所以能从省邦和藩屬的割据状态中成長起来，一方面固然是由于武力，同时也借助他們对帝王特权的主張以及他們对封建承繼規則的解釋。法国国王們同法律家之間的諒解，使国王們在对大封建主、貴族和教会的斗爭中取得巨大的利益，我們只要研究一下直到中世紀还在欧洲流行着的各种觀念就能够体会到这一点。首先是对于概括的非常醉心以及对于一般命題的出奇的崇拜，因此，在法律的分野內，对于看上去似乎能包含和总括在各地区作为慣例实行的許多各別規則的每一条一般公式就都油然而产生一种虔敬之心。像这样一类的一般公式，对于熟習“民法大全”或“注釋集”的法律实务者說来，当然是不难尽量提供的。但是此外还有其他原因使法学家的权力有更大的增加。在我們所談到的时期中，对于成文法律究竟有怎样程度和怎样性質的权力，在觀念上是普遍地模糊的。一般講来，独断的序言，茲規定 (Ita scriptum est)，似乎即足以止息所有的異議。按照我們今日的心意，我

們對於所引証的公式，必將審慎地加以研究，查詢其來源，必要時并會否認它所屬的法律有代替當地習慣之權，但前輩法學家可能就不敢這樣做，他們只是考究一下法律的規定是否可以適用，充其量，也只是從“法學彙纂”或“寺院法”中引一些相反的命題而已。對於各種法律爭論中這個最重要的方面人們看法的變化無定，必須牢記在心中，因為這不但可以幫助說明法學家對於帝王出過一臂之力，同時也可以使幾個古怪的歷史問題得以闡明。“偽教皇教令集”(Forged Decretals)著者的動機以及他的非常成功，也能因此而更加容易領會。再就一個關係較小的現象而論，它能夠幫助我們、雖然只是部分地，了解布拉克頓的抄襲主義。這個生活在亨利三世(Henry III)時代的英國著者，竟會把他的一篇全部形式和三分之一內容直接剽竊自“民法大全”的論文，作為純粹英國法的綱要，而向其同胞宣揚。他竟敢在正式禁止系統地研究羅馬法的一個國家內作這樣的試驗，這在法學史上將始終成為一個最不可解之謎。但當我們了解到當時對於成文法律有拘束力的一般意見，不論其來源如何，則我們的驚異是仍舊可以略為減少的。

當法國的國王們在長期爭取最高統治權的鬥爭中得到勝利的結束時，約相當於瓦羅亞·安古倫(Valois-Angoulême)主族繼承皇位的時候，法國法學家的地位是特殊的，並且延續到革命爆發為止。一方面，他們形成了國內最有教養的並且是最有勢力的階級。他們盡量利用他們在封建貴族以外的一個特殊階級的地位，他們並且通過了一個組織把他們的職業分布到全法國來確保他們的影響，這個組織包括許多巨大的特許公司，具有廣泛而明確的權力，以及更為廣泛無限制的發言權。不論他們所擔任的是辯護人，是法官，或是立法者，在其性質上他們都遠超過全歐洲的同輩。他們的法律技巧，他們的能言善辯，他們的善於類比和調和，以及(如果以他們中最著名的人物來評定)他們對公正概念的熱誠，正和他們

所賦有的各式各样的独特天才，同样是十分引人注意的。在这多样的天才中包括着由古乍斯 (Cujas) 到孟德斯鳩，由达該素 (D'Aguesseau) 到都漠兰 (Dumoulin) 的两个相反的極端之間的全部人物。但是在另一方面，他們必須執行的法律制度，則與他們所養成的習性完全不同。这个主要經由他們的努力而組成的法国，当时从一种畸形的和不協調的法律学受到的苦恼，远超过了其他的任何欧洲国家。一次巨大的分裂終於在这个国家發生，把它分为成文法区域 (Pays du Droit Écrit) 和習慣法区域 (Pays du Droit Coutumier)，前者承認成文的羅馬法为其法律学的基础，后者只在它能提供一般表現形式或是它能提供同当地慣例相一致的法律推理方法时，才加以采用。这样划分的区域，又被划分为不同的小区域。在習慣法区域中，就其習慣的性質來說、省与省之間不同，县与县之間、市与市之間又有不同。在成文法区域中，掩盖在羅馬法上面的封建規則，其層次組成亦非常复杂。英国从来没有發生过这样的混乱情况。在德国，这种情况曾經存在，但因为和該国政治宗教間的深刻划分，在很大程度上是非常協調的，所以很少影响，甚至难以感觉到法国的独特之点在于当君主的中央政权正在不断加强，完全的行政統一工作正在迅速完成，以及在人民中間一种热烈的国家精神正在發展起来的时候，这种法律上非常参差的情况还是繼續着，絲毫不感到有什么改变。这种矛盾現象产生了许多严重的后果，其中，尤以它在法国法学家心神上所产生的效果，最为重要。他們在推理上的意見和他們在智力上的偏見，恰恰和他們的利益和职业習慣完全相反。他們既深深地感覺到并完全認識到法律学上的完美是在于單純性和一致性，因此便以为或似乎以为那些确实感染着法国法律的缺点是难以革除的，因此，在实际上，他們常拒絕糾正这些缺点，其頑固程度即在比較不开明的同胞中也是不常有的。但当时有一种方法可以用来調和这些矛盾。他們变

成了“自然法”的热烈拥护者。“自然法”跳过了所有的省市界限；它不管一切区分，不論是貴族和市民之間的，市民和农民之間的；它給明白、單純和系統以極端崇高的地位；但是它并没有促使其拥护者进行任何特殊的改进，亦沒有直接威胁到任何可尊敬的或有利的專門性質。“自然法”可以說已成为法国的普通法，或者，無論如何，承認它的尊严和要求已成为所有法国法律实务者一致同意的一个哲理。革命前法学家的言論中，对“自然法”毫无保留地一致頌揚，而值得注意的是，那些專事誹謗純粹羅馬法的“習慣”論者，在談到“自然”及其規定时，往往甚至比自認為只尊重“法学彙纂”(Digest)及“法典”的民法学家，更为热烈。都漠兰是古“法兰西習慣法”所有权威学者中的最高权威，却有几篇非常透徹詳尽的有关“自然法”的論文，他的頌詞并且有一种特殊的風格，显然同羅馬法学專家的小心慎重有着距离。一个“自然法”的假說已成为不复是指导实际的一种理論，而是純理論信仰的一种信条；因此，我們將發現在它比較近来所經受的变化中，由于其拥护者的推崇，它的最弱部分也上升到了其最强部分的水平。

在“自然法”史达到最紧要的关头时，十八世紀已經过去了一半。如果对于自然法理論及其后果的討論繼續專屬於法律界，則它所受到的重視可能要有一些減少；因为到这个时候，“论法的精神”出版了。孟德斯鳩在这本書中，一方面相当夸張地显示出作者强烈地不願接受以前通常是不加詳細审查而予以容忍的各种假設，另一方面又相当模糊地表現出作者要与現存偏見相調和的願望，但是，这本書虽有其缺点，却仍按照着“历史方法”进行研究，在这种方法之前，“自然法”是从來沒有能瞬息維持其立足点的。它不但受到了大众的欢迎，并且在思想上也发生了巨大的影响；但是，在事实上它並沒有得到进一步深入的机会，因为似乎注定要被它所毁灭的反假說突然从法庭傳到了民間，并且成为远較法院或学校

中曾經激辯過的主題更能引起激烈爭執的主題。這個把它放在新地位的人，是一個非常的人，他沒有學識，很少美德，並且也沒有十分堅強的個性，但由於一種鮮明的想象力，以及他對於人類的真誠的熱愛（為了這，我們對他有許多地方應該原諒的），卻使他成為歷史上不可磨滅的人物。在我們自己的一代中，我們從來沒有看到過——的確，即在全世界整個歷史過程中，也不會看到一次或二次以上的——這樣一個文件，曾對人類的心灵、對知識分子的軀體和靈魂產生過像盧梭在 1749 年和 1762 年之間所產生的那樣巨大的影響的。在由貝爾（Bayle）和部分地由我國的洛克（Locke）開始，最後却由伏爾泰（Voltaire）完成的純然是偶像破壞的努力以後，這是要重新建立人類信念的第一次嘗試；並且除了每一個有建設性的努力常常必然優於單純的破壞性的努力以外，它還有着一個卓越之處，就是在一個幾乎普遍的懷疑論的氛圍中間，提出了所有過去推理方面知識的健全性問題。在盧梭的一切理論中，其中心人物，不論是穿着英國服裝在一個社會契約上簽名的或者是率直地把所有歷史特性完全剝光的，都一律是在一種假設的自然狀態中的“人”。每一種法律和制度，凡是不能適合於這些理想情況下的這種想象的人，都被加以非難，認為是從一種原始完美狀態的墮落；對於每一種能使社會更接近於“自然”生物統治着的世界的社會變革，都認為是可以讚美的，並值得用任何明顯的代價使其實現。這個理論仍舊是羅馬法學家的理論，因為在這個人類居住的“自然條件”（Natural Condition）的暗影中，除了對於法學專家具有非常魔力的單純和調和之外，竟沒有一個特色和特點為人們所注意到；但是這個理論好像是本末倒置過來了。現在所研究的主要問題，已不是“自然法律”，而是“自然狀態”（State of nature）。羅馬人曾認為，如果對於現存的各種制度加以仔細觀察，則在這些制度中必然可以挑選出有幾個部分或者立即可以顯示出來，或者必須

經過法律上的純淨作用才可以显示出那种自然統治的痕迹，这种自然統治在羅馬人看起来，有可能是真实的。至于卢梭的信念是：一个完美的社会秩序可以求之于單純的对自然状态的考虑，这一种社会秩序完全同世界的实际情况沒有关系，并且完全同世界的实际情况不同。这两种見解的分歧是巨大的，一种是痛責現在，因为它不像理想中的过去；而另外的一种，假定現在同过去一样的必要的，因此也就不輕視現在或譴責現在。我們沒有必要枉費時間，以詳細分析这建筑于一个自然状态基础上的政治、艺术、教育、倫理学和社会关系的哲学。这种哲学对于每一个国家中比較不精确的思想家还具有特別的吸引力，并且无疑地是妨碍着应用“历史研究方法”的几乎一切先入之見的、多少是不直接的根源，但它已为我们今日有識者所不信任到了这样的程度，竟使那些熟知純理論的錯誤具有非常活力的人們，为之惶惑不止。在今天最常提到的問題，也許并不是这些意見究竟有什么价值，而是：在一百年以前使它們有这样的盖过一切的优势，其原因究竟是什么。我認为回答是很簡單的。在上一世紀中，有一种研究最可能用来糾正凡是專門注意于古法律的人很容易陷入的誤解，这种研究便是宗教的研究。但希腊宗教如当时所理解的那样，都已被分散于許多想象的神話中。东方的各种宗教縱使确曾受到过注意，但这些宗教似乎都迷失于空虛的宇宙开辟論中。只有一种原始記錄，值得加以研究——就是早期的犹太史。但当时的种种偏見阻止着我們利用它。卢梭学派同伏尔泰学派所共有的少数特征之一，是完全輕視一切宗教上的古代事物，特別是屬於希伯來民族的。众所周知，当时的理論家都不仅認为以摩西 (Moses) 为名的制度并非真的出自神授，認为它們也不是象傳說那样在一个較后的时期被制定为法典的，他們認为这些制度以及全部的“摩西五經” (Pentateuch) 都只是一种毫无根据的伪造，是在从“幽囚” (Captivity) 中间来

以后完成的。这些思想家所以作出这样的假定，因为这与他们的荣誉有关。因此法国的哲学家们，既被阻止取得这个反对纯理论谬见的主要保证，就在他们热切于从他们认为是僧侣的迷信中逃避出来的时候，又轻率地把他们自己投入了法学家的迷信中去。

但是这个以自然状态的假设为基础的哲学，虽然因为它只被看到了其粗糙的和比较容易看到的一面，一般的评价不高，但这并不是说，当它在比较精巧的伪装中，就失掉了它可以讚美的地方、通俗的地方和它的力量。我相信，象我前面已说过的，它仍旧是“历史方法”的劲敌；并且（除了宗教上的反对以外）凡是拒绝或责难这种研究方式的人，一般都是由于有意或无意地受到了信赖社会或个人的非历史的即自然的状态的一种偏见或武断的影响的结果。不过“自然”学说及其法律观点之所以能保持其能力，主要是由于它们能和各种政治及社会倾向联结在一起，在这些倾向中，有一些是由它们促成的，有一些的确是它们所创造的，而绝大部分则是由它们提供了说明和形式。它们明显地大量渗入到不断由法国传播到文明世界各地的各种观念中，这样就成为改变世界文明的一般思想体系的一部分。这些学理对民族命运所加的影响，其价值如何，当然是我们时代中最热烈争辩的论点之一，对于这个方面，我们准备在本文中加以讨论。但是如果回顾一下自然状态理论在政治上达到非常高度的重要性的时期，则绝少人会否认：在第一次“法国革命”时期，曾经多次发生的重大失望都是由它有力地促成的。它产生了或强烈地刺激了当时几乎普遍存在的智力上的恶习，如对现实法的蔑视，对经验的不耐烦，以及先天的优先于一切其他理性等。这种哲学紧紧地掌握住了那些比较思想得少、同时又不善于观察的人，它的发展趋势也就比例地成为明显的无政府状态。可惊异的是，杜蒙(Dumont)为边沁出版的“无政府的诡辩”(Sophismes Anarchiques)一书中具体地表现了边沁所暴露的显然

是来自法国的謬見，有很多是来自經過法国变化的羅馬假設，并且除非是参照了羅馬假設，这些詭辯是不容易理解的。在这一点上可以参考在革命的各个主要年代中間的劝戒者 (Monteur)。时代越黑暗，則訴諸“自然法律和状态”便越加頻繁。在“国民議會”中这种情况比較少見；在“立法議會”时期則比較經常；在“宪法會議”中，在辯論着陰謀和战争的紛爭声中，这种情况便永久存在着。

有一个例子非常明显地說明了自然法理论对現代社会的影響，并且表明这些影响是如何的深而且远。我以为人类根本平等的学理，毫無疑問是来自“自然法”的一种推定。“人类一律平等”是大量法律命題之一，它随着时代的进步已成为一个政治上的命題。羅馬安托宁时代的法学專家們提出：“每一个人自然是平等的” (omnes homines naturâ æquales sunt)，但在他們心目中，这是一个严格的法律公理。他們企圖主張，在假設的“自然法”之下，以及在現實法接近“自然法”的程度內，羅馬“市民法”所支持的各階級人們之間的武断区分不應該在法律上存在。这个規定对羅馬法律实务者，是有相当的重要性的，因为这使他們必須記着，凡在羅馬法律学被推定为完全符合于“自然”法典的規定时，則羅馬法院在考虑公民与外国人之間、人民与奴隶之間、“宗亲”与“血亲”之間的一切問題时，即不應該有所区别。凡是作这样主張的法学專家，当然决不会指摘使市民法不能达到其理論形式的社会安排，他們显然也不会相信世界真会看到人类社会会同自然組織完全同化的。但当人类平等学說披上了現代服装而出現时，它显然已包藏着一种新的意义。羅馬法学專家用“是平等” (æquales sunt) 的这些字眼，其所含意义真和他所說的完全一样，而現代民法学家在写“人类一律平等”时，他的意思是“人类應該平等”。羅馬人以为自然法是和市民法同时存在的，并且是在逐漸吞併着市民法的，这种特殊看法显然已經被遺忘了，或已經成为不可理解的了。这些字

眼在过去充其量只是表达了有关人类各种制度淵源、組織和其發展的一種理論，后来开始被用来表示人类長期遭受的大不公正之意。早在十四世紀初期，关于人类出生状态的流行說法虽然明显地想要和阿尔比安及其同时代人的說法相一致，但其形式和意义却已全然不同。路易·胡廷国王(King Louis Hutin)解放王家領地內农奴的著名命令中的前言，在羅馬人听来，将是非常陌生的，“既然按照自然法，每个人應該生而自由；由于自上古以来就已采用并一直到現在还在我国土上被保持着的某种慣例和習慣，并且可能由于人們前輩的罪行，在我們普通人民中就有許多人陷入了被奴役的地位，因此，我們等等”，这不是一条法律規定而是一个政治教条的宣言；从这个时候起，法国法学家們在談到人类平等时，正好象这是偶然被保留在他們的科学中的一个政治真理似的。象来自“自然法”假設中的一切其他演繹一样，同时也象“自然法”这个信念的本身一样，它在直到被从法学家之手轉入到十八世紀文人們之手以及信服他們的公众之手以前，只是毫无生气地被同意着，而且它对意見和实践，也都很少有影响。在这些文人之手中，它成为他們信条中最清楚的教理，并被認為是一切其他教理的一个总结。但是，它最后在1789年事件中所以得势，可能不完全是由于它在法国的声望。因为在这世紀的中叶，它已被傳播到了美国。当时的美国法学家，尤其是弗吉尼亞(Virginia)的法学家，似乎已具有和英国同时代人不同的大量知識，其主要不同之点，是在他們的知識中包括了許多只可能来自欧洲大陆法律文献的知識。只要参考一下哲斐孙(Jefferson)的著作，就可以看到他是如何深受到法国当时时尚的半法律、半通俗的見解的影响；我們也毫不怀疑，正是由于他們对法国法学家这些特殊观念深表同情，在“独立宣言”(Declaration of Independence)开头的几行中，这位指导着当时美国事务的哲斐孙和在这殖民地中的其他法学家，就把这独特的法国假設即“人

类生而平等”和英国人最熟悉的假設“人类生而自由”相結合在一起。这是放在我們当前的这个学理的历史中有極大重要性的一节文句。美国法学家这样突出地和这样着重地主張人类的根本平等，这在他們自己国家中，并且在較小的程度上，也在大不列顛，推动了一个政治运动，到現在还远沒有衰竭下来；但除此以外，他們正把他們所一度采用的教条还給了法国本土，賦予了更巨大的能力，并且使它受到了一般人更大的欢迎和尊敬。甚至在第一次“国民議會”中比較小心謹慎的政治家，也重复着阿尔比安的命題，好象这个命題立即自荐于人类的本能和直觉似的；并且在所有“1789 年的各种原則”中，这是唯一的曾受到最少的热烈的攻击，曾最澈底地影响現代意見并将最深刻地改变社会构成和国家政治的原則。

“自然法”所尽的最偉大的职能是产生了現代“国际法”和現代“战争法”(Law of War)，虽然它的这—个部分效果是非常重要的，但在这里，由于它和本文关系不大，因此将略而不論。

在形成“国际法”基础的各种假定中間，或在形成“国际法”中到現在仍旧能保持其从原来建筑师那里所接受的形态的部分基本假定中間，有二三种特別显得重要的假定。其中第一个表現在这样的—个立論中，即認為有一种可以确定的“自然法”。格罗修斯及其后继者直接从羅馬人那里得到这—个假設，但他們同羅馬法学專家之間以及在他們相互之間，对于确定的方式，在看法上有着巨大的分歧。在文艺复兴以后盛極一时的公法学家中，几乎每一个人都野心勃勃，提出了新的和更容易处理的有关“自然”及其法律的定义，并且无可爭辯，当这个概念經過一系列的“公法”学著者之手，在其周圍就积聚了一大堆的附加物，其中包括了都是从支配着各学派的每一种倫理学理論中得来的各种观念片断。虽然是这样，但仍有明显的証据証明这个概念主要是有历史性質的，因为从自然状态的各种必要特点中探求自然法典，虽然經過了种种努力，但

所獲得的結果，正和人們把羅馬法学家的意見不加探究或修正而立即采用時所可能得到的結果，完全相同。如果把國際法中的協約和條約部分撇開不論，可以看到，在這制度中有相當驚人的一部分是由純粹羅馬法律所組成的。法学專家的每一種學理，只要經過他們確認為同“萬民法”相協調時，公法學家就以種種理由來借用它，不論這個學理是如何明顯地標誌着其羅馬淵源。我們也可以看到，這些派生的理論是帶有其原來觀念的弱點的。大多數公法學家的思想方法仍舊是“混合的”。在研究這些著者時，最大的困難始終是在弄清楚他們所討論的究竟是法律還是道德——他們所描寫的国际關係狀態究竟是現實的還是理想的——他們所說的究竟是事實，還是他們的意見認為應該是這樣的。

作為“國際法”基礎的其次一個假設是，“自然法”與國家相互之間(inter se)有拘束力。一系列主張或認可這原則的言論，得追溯到現代法律科學的極幼稚時代，並且初看起來，它好像是直接來自羅馬人學說的一個推理。人為的社會狀態和自然狀態不同，在前者之中有一個明顯的制法者，在後者卻沒有，因此，如果某一個單位不承認它們服從一個共同主權或政治領袖的時候，它們就好像恢復到了受命於“自然法”了。國家就是這類的單位；它們各自獨立的這個假設，排斥了一個共同立法者的觀念，並從這觀念出發，按照某種思想方法進而得到了從屬於自然原始秩序的觀念。另一種想法認為各獨立的社會相互之間沒有任何法律把它們聯系着，但這種無法律狀態正就是法学專家們的“自然”所厭惡的真空。如果一個羅馬法學家遇到有市民法被排斥不能適用的情況，他就立即會以“自然”法令來填補這個空隙，這樣一種想法，顯然是有理由的。但我們不能就因此以為，在歷史的任何時期中，都確實可以得出這樣的結論，雖然這在我們的眼光中是非常明確和直接的。根據我的判斷，羅馬法的遺作中沒有任何一節可以用來證明法

學專家確曾相信自然法在獨立國家之間有任何拘束力；並且我們不得不看到，對於把君主領土看作和文明同境界的羅馬帝國公民們，如果確有各國平等隸屬“自然法”這樣的想法，也至多只是古怪理論的一個極端結果。真相似乎是：現代的“國際法”雖然無疑是羅馬法的後裔，但只是由一種不規則的血統相聯系着的。現代早期的羅馬法解釋者，誤解了“萬民法”的意義，毫不猶豫地認為羅馬人傳給了他們一套調整國際事務的法律制度。在起初這個“國際法”成為有許多可怕的競爭者與之相對抗的一種權威，而歐洲是長期處在這種情況下，阻礙着它被普遍接受。但是，逐漸地，西方世界安排了它自己，使其形式比較適合於民法學家的理論；情況的變更摧毀了所有敵對學理的勢力；最後，在一個罕有地幸運的機會，阿雅拉（Ayala）和格羅修斯終於為它取得了歐洲的熱誠同意；這種同意曾經在每一個不同的莊嚴條約中被一再重複申述着。它的勝利主要應歸功於這些偉大人物，他們並且企圖把它放在一個全新的基礎上，這是毋庸置疑的；而且毫無疑問，在這轉移位置的过程中，他們改變了很多它的結構，雖然遠沒有一般所想象的那么多。格羅修斯既然從安托寧法學專家那里採用了這個論點，認為“萬民法”和“自然法”是同一的，他和他的直接前輩及直接後繼者便使“自然法”具有一種權威，這種權威要不是在那個時候“國際法”的含義模糊不清，是也許永遠不會為“自然法”要求的。他們毫無保留地主張“自然法”是各國的法典，於是就开始了這樣一種過程，就是把假定是從單純考慮“自然”概念而求得的各种規定灌輸到國際制度中去，這個過程幾乎一直延續到我們的時代。還有一種對於人類有着巨大實際重要性的後果，雖然在歐洲早期現代史中並非完全不知，但在直到格羅修斯學派的學理獲得盛行之前，却從來沒有被明顯地或普遍地承認過。如果各個國家的集體都受着“自然法”的統治，則組成這個集體的各個原子必須絕對平等。

人類在“自然”的王笏之下，是一律平等的，從而，如果國際間的状态是一種自然的状态，則各國也一定是平等的。獨立的国家不論大小強弱不同，但在國際法的眼光中是一律平等的，這個命題對人類的幸福有巨大的貢獻，雖然它在各個時代中繼續不斷地為各種政治傾向所威脅着。如果“國際法”不是由文藝復興後的公法學家們完全從“自然”的莊嚴主張中求得，那末這個學理可能永遠不能獲得一個穩固的立足點。

可是，總的講起來，象我在前面已經說過的，自從格羅修斯時代以來，在加于“國際法”上的各種附加物中，只有很小一部分是從羅馬“萬民法”最古資料直接採取來的。土地的取得始終是引起國家野心的巨大的刺激物；而適用於這種取得的法律規定，以及消除因土地取得而造成的戰爭的法律規定，都僅僅是從羅馬法中有关取得“萬民法”財產的各種方式的部分中抄襲得來的。這許多取得的方式，象我在前面已經企圖說明的，都是由前輩法學專家從其所觀察到的各種慣例中抽象出來的一些共同要素，這些慣例曾經流行于羅馬周圍各部落間；根據它們的來源，這些規定被歸類在“各國共有的法律”中，再由於他們的單純性，後來的法學家便認為它們恰合于一個“自然法”的較近代的概念。它們就這樣編進了現代的“國際法”，其結果是，國際制度中有关領土（dominion）、領土性質、領土範圍、取得和保衛領土方式的那些部分，便都是純粹的羅馬“財產法”——這就是說，羅馬“財產法”中的那些部分，曾為安托寧法學專家想像為和自然状态有某種一致性的。為了使“國際法”中這些章節能付諸實施，有必要使存在于主權者之間的相互關係，如同羅馬所有者各個成員之間存在的關係一樣。這是建立“國際法典”所依據的各種假定中的另一個假定，而這也是現代歐洲史開頭幾個世紀中不可能被同意的一個假定。這個假定可以被分解為這樣一個雙重命題，一方面“主權是領土的”，即它是始終和地球

表面上一定部分的所有权联系着，另一方面“主权者相互之間”，應該被認為不是国家領土的最高所有人，而是絕對所有人”。

許多現代的“国际法”著者都默認：他們以各種衡平和常識原則為基礎建立起的整套學理，都可以在現代文明的各個階段中推論出來。但這個默認一方面掩蓋着國際理論上所存在的某些真正缺點，另一方面，就大部分的現代史而論，實在是完全不足取的。在國際事務中“万民法”的權威並不是始終不受到反抗的；相反的，它不得不長時期地和幾種相競爭的制度不斷鬥爭着。同時，主權的領土性質也並不是始終被承認着的，因為在羅馬統治解体以後，人們的心理是長時期地處在和這類概念不相協調的觀念的支配之下。在“国际法”上這兩個主要假定被普遍承認之前，一個舊的制度以及建築在它上面的思想觀念必然地要腐敗，一個新的歐洲，以及與之相適應的新的觀念必然地要生長起來。

有一樁事值得注意，在我們通常稱為現代史的大部分時期中，沒有接受過所謂領土主權這類概念。在過去，主權並不是和對地球上一部分或再小部分的土地的控制聯繫在一起的。世界曾有這樣許多世紀長期處於羅馬帝國的庇護之下，以致忘記了包括在帝國中的廣大空間在過去曾一度被劃分成許多獨立國家，它們都主張有權不受外來的干預，並且標榜着國家權利應該一律平等。在蠻族入侵平靖後，關於主權當時流行着的觀念，似乎具有雙重意義。一方面它有着所謂“部落主權”的形式。法蘭克人(Franks)，勃艮第人(Burgundians)，汪達爾人(Vandals)，倫巴德人(Lombards)，以及西哥特人(Visigoths)，當然都是他們所佔領着的土地的主人，其中有幾種人並以他們自己的名字作為土地的地理名稱；但是他們並不根據土地占有的事實而主張任何權利，並且在實際上甚至對於占有的事實也並不認為有任何特別重要性。他們似乎還保留着他們由森林中和草原上所帶來的傳統，按照他們自己的看法，

仍旧是一个宗法社会，一个游牧部落，只是暂时駐紮在能供給他們糧食的土地上而已。阿尔卑斯北高卢的一部分加上了日耳曼的一部分，現在已成為法兰克人在事實上占領的国家——就是法兰西；但克洛維 (Clovis) 的后裔即墨洛溫 (Merovingian) 王朝的首領們并不是法兰西的国王而是法兰克人的国王。另外一种有关主权的特殊观念，似乎是——这是重要的一点——普遍領土的观念。当一个君主失去了領袖与其部族之間的特殊关系，并为了个人的目的急切要取得一个新的主权形式时，他所能采用的唯一先例是羅馬皇帝們的霸术。胡乱摹仿一句諺語，他成了“不為凱撒，即為庸人” (aut Cæsar aut nullus) 的人。或則他享有拜占廷皇帝 (Byzantine Emperor) 的全部特权，或則他完全沒有任何政治地位。在我們这个时代，当一个新的王朝希望廢去被黜免皇朝的名号时，它往往喜欢說它的称号来自人民而不是領土。这样，我們便有了一些法兰西皇帝和国王，还有一个比利时人的国王。在我們所談到的时期中，在类似的情况下，还出現了另外一种不同的观念。一个“首領”如果不想再自称为部落国王，必定会要求成为世界的皇帝。这样，当世襲的权臣們和实际上久已廢立的君主們相决裂时，他們立即不願自称为法兰克人的国王，这个称号是屬於被廢黜的墨洛溫的；但他們又不能自称为法兰西的国王，因为，虽然这类称号显然并不是不見經傳的，却也不是一个尊严的称号。因此，他們就进而矢志为世界帝国的統治者。他們的动机曾被大大地誤解。近代法国作家們曾認為，查理曼 (Charlemagne) 是远远超过他的同时代人的，不但在其意圖的性質上如此，即在他执行这些意圖所用的能力上也是如此。不論是否有人在任何时期都是超过他的同时代人的，但有一点必然是真的，即查理曼在企求一个无限制的領土时，确是有力地采取了他当时的时代思想所准許他遵循的唯一道路。关于他在智力上的卓越，当然是毫无疑問的，但这种卓

越不是由他的理論而是由他的行為證明的。

在見解上的這些特性，並不因為查理曼的遺產為其三個孫子所分割而有所變更。禿頭查理 (Charles the Bald)、路易 (Lewis) 和羅退耳 (Lothair) 仍舊在理論上——如果用這個詞是適當的——是羅馬的皇帝。正猶如東羅馬帝國與西羅馬帝國的“凱撒”在法律上都是全世界的皇帝，而在事實上則只各自統治着其中的一半，這三個加洛溫朝的皇帝似乎都認為他們的權力是有限的，但是他們的稱號是無限的。這同一的純理論的主權普遍性在肥碩查理 (Charles the Fat) 死亡，發生第二次分裂時仍繼續和王位联系着，並且，真的，在日耳曼帝國存續期間內，從來沒有完全和它分離過。領土主權——這種把主權與地球表面上一塊土地的占有联系起來的見解——明顯地是封建制度的一个支流，雖然是一個遲緩的支流。這可能是先天的預期的，因為第一次把個人義務，結果也就是把個人權利和土地所有權联系起來的是封建制度。對於封建制度的淵源和其法律性質，不論正當見解應當是怎樣，要鮮明地想象封建組織的最好方式，應從它的基础平始，先考慮佃農同設定和限制其勞務的小塊土地之間的关系——而後通過上層封建建築的狹小範圍而一直上升以至接近於這制度的頂點。在黑暗時代的後期，這個頂點究竟在什麼地方，是不容易決定的。可能，在部落主權的概念確實消失的地方，這個最高之點始終被指向着西羅馬帝國凱撒的假定承繼人。但是過了不久，當帝國權威的實際影響大大萎縮時，皇帝把他仅有的殘余權力集中於日耳曼和北意大利，所有在前加洛溫帝國四周的最高封建主發覺了在他們上面實際上已經沒有一個最高首領。逐漸地他們就習慣於這種新的形勢，而已免除外來干涉的這個事實，終於把依附的理論隱滅掉；當然有許多征象表明，這個變化的完成並不是十分容易的；而且我們得毫無疑問地認為，由於這樣一種印象，就是說，根據事物的

自然性質，必然地要在某些地方有一个最高的統治权，就产生了不断地把世俗上的无上权力归属于羅馬教皇的傾向。法兰西加佩王朝的接位，標誌着思想革命中第一阶段的完成。这个环繞着巴黎四周有限領土的封建諸侯，由于大量的宗主权結合于本身这一个偶然事件而开始自称为法兰西国王，他成为了一种全然新的意义的国王，一个主权者，他对法兰西土地的关系和男爵对于封邑、佃农对于自由产的关系完全相同。这个先例不但是新奇的，同时也是有影响的。在法兰西的这种君治的形式，有力地促使其他地方向同一个方向变化。我盎格魯-撒克逊（Anglo-Saxon）王室的王位这时处于一个部落首領和領土最高統治权的中途。但是諾曼（Norman）王朝诸王最高权模仿着法兰西国王，明显地是一种領土主权。在以后建立的或巩固的每一个統治权，都根据了后一种模型而組成。西班牙、那不勒斯（Naples）以及在意大利自由市廢墟上建立起来的各个諸侯国家，都由領土主权的統治者統治着。从一个見解逐漸轉变到另一个見解的事例中，我認为最最离奇的莫如威尼斯人（Venetians）。在其对外征伐开始时，这个共和国自視為和羅馬共和政治同一类型的国家，統治着許多的屬省。經過了一个世紀以后，你就可以發現它却希望成为一个集合的主权国家，对它在意大利和爱琴海（Ægean）所有的占有地拥有一个封建宗主国的权利。

关于主权这个主題的各种通俗觀念在經歷着显著变化的时期內，作为我們今日称为“国际法”的制度，在形式上是杂乱无章的，在原則上也是不符合它所祈求的目的的。在羅馬-日耳曼帝國內的一部分欧洲土地上，联邦国家之間的关系是由复杂的但还不完全的帝国宪法机构所約束着；并且这在我們看来也許是可惊異的，日耳曼法学家所爱好的觀念仍旧是：联邦国之間的关系，不論在帝国内或在帝国之外應該根据以凱撒为中心的純粹羅馬法律学的

規定而不應該根據“萬民法”的規定。這個學理在邊遠的各國中沒有像我們早先所假定那樣地被大胆拋棄；但是在實質上，在歐洲的其餘的地方，封建的部屬已成為公法的一種代替品；當那些封建從屬猶疑不定曖昧不明時，至少在理論上，從“教會”領袖的權威上面找到一種最高的支配力。雖然是這樣，但可以斷定，封建和教會的勢力在十五世紀甚至在十四世紀年代中就已開始迅速衰敗了；如果我們密切審視一下當時各次戰事的借口以及公開的聯盟動機，就可以看到，以後為阿雅拉和格羅修斯所調和和鞏固的各種見解，正隨着舊原則一步步地被代替而有着重要的進展，雖然這種進展是默然無聲的，並且是很緩慢的。來自各個淵源的權威有沒有經熔合而最後成為一個國際關係的制度，以及這個制度究竟在實質上是不是和格羅修斯的結構有什麼不同，現在已無法加以斷定，因為在事實上“宗教改革”已經把它所有的有力要素，除了一點之外，全部消滅。“宗教改革”從日耳曼開始，它在帝國的各個諸侯之間用深而且廣的鴻溝分裂開來，縱使帝國元首保持中立，也已無法用帝國最高統治來加以溝通。帝國元首於是不得不袒護教會以反對改革者；教皇自然也是處在同樣的苦境中；這樣，這原來在敵對雙方之間負有調停職責的兩個當局者本身就成為了各國分裂中的一個大黨的首領。在這時聲勢已被削弱，並且已不能被認為是公共關係中的一個原則而加以信任的封建主義，已不復是足夠穩定並可以和宗教聯盟相匹敵的一種約束力。因此，在公法處於幾乎混亂狀態的情況下，那些被認為是羅馬法學專家唯一加以認可的一個國家制度的各種觀念，仍舊繼續存在。這些觀念從格羅修斯手中獲得的形式、均稱和卓越性，為每一個學者所熟知。但“戰事與和平法規範論”（Treatise “De Jure Belli et Pacis”）這部巨著的驚人之處則在其迅速、完全和普遍的成功上。“三十年戰爭”的慘狀，軍人毫無拘束的放縱行為所激起的無邊恐怖和憾事，無疑地，在某種程

度上，可以被用來說明這種成功的原因，但是這還不能作為全部的說明。因為只要對當時的各種觀念略為瀏覽一下，就可以使我們深信在格羅修斯的偉大著作中描繪出來的國際大廈的基本圖樣，如果不是在理論上很完善的話，那它就很可能會被法學家所拋棄，被政治家及士兵們所藐視。

顯然，格羅修斯制度在純理論上的完善性是和我們所討論的那個領土主權概念密切地聯繫著的。“國際法”理論所作出的假定是：各個共和政治在其相互關係上處在一種自然狀態中；但是一個自然社會的各個組成原子根據這個基本假設必須是互相分離和各自獨立的。如果有一個較高的權力由於對共同最高統治權的要求而把它們聯結起來，縱使這種聯結是很薄弱的並且也是偶然的，但正是這一個共同領導者的概念引進了現實法的觀念，排斥了一個自然法的觀念。因此，如果一個帝國元首的普遍宗主權，即使僅僅是在理論上被得到承認，格羅修斯的努力就可能會變成徒勞。這也不是現代公法和我企圖描述其發展的有關主權的各種見解之間的唯一結合之點。我曾經說過，國際法律學中有些部門完全是由羅馬“財產法”組成的。那末我們可以得到什麼推論呢？推論是：在對主權所作的評價中如果沒有象我所描述的那種變化——如果主權並沒有和地球上一塊土地的所有權聯繫起來，換言之，並沒有成為對領土的主權——，則格羅修斯的理論，就將有四分之三無法加以適用。

第五章 原始社会与古代法

在近代,法律学这个主题作为科学研究的必要性,是一向被重视的,由于感到这种必要而提出的论文来自各个不同方面,但是,如果说,到现在为止,被认为是科学的东西实际上绝大部分仅只是些推测,只是些在前面二章中所研究的罗马法学家的推测,我以为并不能认为太武断。明白承认和采用一个自然状态,以及与其性质相类似的原则制度的各种推测理论,其有关的一系列论文,从这些理论发明者的时代起一直到我们今天为止,始终被继续着,很少中断。它们出现于奠定现代法律学基础的注释学派的注解中,出现于继承他们的经院法学家的作品中。它们可以在寺院法学者的教条中看到。它们被那些在文艺复兴时代极为活跃的博学多能的民法学家放置在傑出的地位。格罗修斯及其继承人不但使它们具有实际的重要性,并且使它们变得更加辉煌更加可以讚誉。在我国布拉克斯頓的开头几章中也可以看到它们,他把它们原封不动地从柏拉瑪克(Burlamaqui)中照抄下来,而凡是今天所刊印的用以为学者或实务者作指导的各种教科書,在它们开头讨论法律的基本原理时往往就会被发觉,这些基本原理就是罗马假设的一次重复申述。但是,正由于这些推测有时用以掩盖其自己的伪装,如同其原来的形式一样,使我们对于它们混杂于人类思想中的技巧,能获得一个充分的观念。洛克所主张的“法律”起源于一个“社会契约”的理论,很难隐瞒其来自罗马的特点,事实上,这个理论只是使古代见解对現代人中特殊的一代具有更大吸引力的外衣而已;可是,在另一方面,霍布斯就同一主题所提出的理论,却故意否认罗马人及其門徒所设想的一个自然法的现实性。然而在这个

把英国有代表性的政治家長期分成为两个敌对陣营的两种理論中，有一点却是彼此之間極為相似的，就是它們都以人类的、非历史的、无法証实的状态作为他們的基本假設，这两个理論的作者，对于社会产生前状态的各种特征，以及对于人类憑以脫离这种社会产生前状态进入我們所熟悉的仅有的那种社会組織的異常活动的性質，有着分歧的看法。但是他們却一致同意，認為在原始状态中的人和在社会产生后的人两者之間，存在着一个巨大的鴻沟把他們分离开来，我們毫不怀疑，这个观点正是他們有意識地或者无意識地从羅馬人那里借用来的。如果法律現象的确象这些理論家所認為的那樣——即認為是一个龐大、复杂的整体——，那么，也就难怪人心往往要規避它所担任的工作，否則它有时候就会失望地放棄系統化的工作；而人心所采取的規避的办法，是退而求助于某种似乎可以調和一切事物的智巧的推測。

在和羅馬學理有着同样的思想基础的各种法律學理論中，有两种非常著名的理論，必須除外。其中的第一种是和孟德斯鳩的大名有联系的。虽然在“论法的精神”的开始部分中，有一些模糊辭句似乎表明作者不願与当时流行着的各种見解公然决裂，但从全書的大意来看，它对其主題所表示的概念当然是和前人所發表的見解完全不同的。在它从各种假定的法律學制度中通过广泛深入觀察而搜集起来的大量种类繁杂的例子中間，常常可以看到有一种明显的渴望，想把因其粗魯、奇異或猥褻而使文明的讀者为之震惊的那些風尚和制度，置于特別傑出的地位。書中不断地提出的推測是：法律是气候、当地情况、偶然事件或詐欺的产物——是除了相当經常發生作用的原因以外任何原因的产物。在事实上，孟德斯鳩似乎把人类的本性看做是完全可塑性的，它只是在被动地重复着它从外界所接受的印象，在絕對地听命着它从外界所接受的刺激。而他的制度所以不能成为一个制度，无疑地，錯誤就是在这里。

他过低地估計了人类本性的稳定性。他很少或完全不重視種族的遺傳性質，即每一代从前輩接受下来再一代代傳下去很少加以改变的性質。的确，除非对“论法的精神”中所注意到的那些变更原因給予应有的承認，要对社会現象、因而也对于法律提供一个完全的說明是不可能的；但这些原因的数量和其力量，似乎为孟德斯鳩过高地估計了。在他所罗列的变例中，有許多已被証明是建筑在虛偽的报告或錯誤的解釋上，而在剩余下来的一些变例中，有不少不是証明人类本性的变化无常，相反地却証明了其恒久不变，因为它们都是人类在較古远的时期頑固地抗拒了在別种場合可能会發生效果的各种影响而遺留下来的遺物。真相是，在我們智力的、道德的和体力的組成中，絕大部分都是屬於稳定部分，它对于变化具有巨大的抵抗力，因此虽然世界上一个部分的人类社会是明显地变化多端的，但这些变化并非如此迅速，也不是如此广泛，以致其数量、性質及一般趋向会达到不可能确定的地步。以我們今日有限知識所可能达到的，也許只是比較地接近的真理，但我們沒有理由以为这是非常遙远的，或以为（实在是同样的东西）它須要在将来作很大的修正，因此是完全无用的和不足为訓的。

前面所談的另外一种理論是边沁的历史理論。这个理論在边沁的著作的有几个部分中模糊地（并且可以說是胆小地）提出来，和他在“政府論丛”中开其端，后来由約翰·奧斯丁先生加以完成的有关法律概念的分析完全不同。把一条法律还原为在特殊情况下适用的一种特殊性的命令，目的只是为了使我們可以摆脱言語上的困难——这当然是一种最可怕的困难。至于社会所以把这些命令加諸自己身上，其动机何在，这些命令相互之間的联系如何，以及它們对在它們以前的命令及对它們所代替的命令的依附性質又如何这一些問題，仍旧是悬而未决。边沁所提出的答案是，社会因其对一般权宜措施的見解有所变更而变更着、并且是不断地变

更着法律。很难說这个命題是錯誤的，但它肯定是没有效果的。因为，所謂对一个社会或毋宁說是对社会的統治階級是权宜的东西，实际上必然地就是社会在作出变更时心目中所想要达到的目的，不論这个目的是什么。所謂权宜和最大幸福，实在就是推动变更的冲动，不过名称不同而已；当我们把权宜作为是变更法律或意見的准則时，我們从这个命題中所能得到的，只是用一个特別名詞来代替当我们说一次变更发生了时必然地要想到的另一个名詞而已。

对于現有的各种法律学理論，存在着非常广泛的不滿，并且一般都認為这些理論不能真正解决它們标榜着要解决的問題，因此就正当地产生了这样的一种怀疑，就是說为了要求得一个完美的結果所必須的某些方面的研究，或者为其著者进行得不够徹底，或者是甚至完全被忽略了。真的，也許除了孟德斯鳩外，在所有这些純理論中，的确都有一个可以指責的显著遺漏。在这些純理論中，都忽視了在它們出現的特定時間以前很遙远的时代中，法律在实际上究竟是怎样的。这些純理論的創造者詳細地觀察了他們自己时代的各种制度和文明以及在某种程度上能迎合他們心理的其他时代的各种制度和文明，但是当他們把其注意力轉向和他們自己的在表面上有極大差別的古代社会状态时，他們便一致地停止觀察而开始猜想了。因此，他們所犯的錯誤，正和一个考察物質宇宙規律的人，把他的考虑从作为一个統一体的現存物理世界开始而不从作为其最簡單构成要素的各个分子着手时所犯的錯誤，很相类似。这种在科学上違背常理的方法，在任何其他思想領域中不可采用，那在法律学中当然也是同样不足取的。似乎在先就可以看到，我們應該从最簡單的社会形式开始，并且越接近其原始条件的一个状态越好。換言之，如果我們要采用这类研究中所通常遵循的道路，我們就應該尽可能地深入到原始社会的历史中。早期社会所

提供給我們的各種現象並不是一看就容易理解的，但要掌握住這些現象時所遇到的困難，和在考究現代社會組織錯綜複雜情況時使我們遭受的困惑，是不能相比的。這種困難的產生，是由於它們的奇怪和異樣，而不是由於它們的數量和複雜性。當人們用一種現代的觀點來觀察這些現象時必然會引起不易很快克服的驚奇；但當驚奇被克服時，它們就將很少也很簡單的了。不過縱使它們造成了很大的困難，我們不辭勞苦以確定這些胚種也不會是浪費精力的。因為現在控制着我們行動以及塑造着我們行為的道德規範的每一種形式，必然可以從這些胚種當中展示出來。

我們所能知道的社會狀態的雛形，來自三種記錄——即觀察者對於同時代比較落后的各種文明的記事，某一個特殊民族所保存下來的關於他們的原始歷史的記錄，以及古代的法律。第一種証據是我們可以預期的最好的一種。各個社會既不是同時並進而是按着不同速度前進的，因此確有這樣一些時期，凡是受到有系統的觀察習慣訓練的人們，能真正有機會可以看到人類的幼年，並加以描述。塔西佗(Tacitus)曾盡量利用了這種機會；但是他所著的“日耳曼”(Germany)一書，不像大多數著名的經典著作一樣，沒有能引起別人去仿效他的優秀榜樣，因此我們現在所保有的這一類的記錄，數量非常之少。文明人對於其野蠻的鄰人往往有一種傲慢之感，這就使他們往往明顯地不屑於觀察他們，而這種不關心有時更因為恐懼、因為宗教偏見、甚至就因為這些名詞——即文明和野蠻——的應用而更加嚴重，這種文明和野蠻的分野常對大多數人造成了不但在程度上而且在種類上都有所差別的印象。甚至對於“日耳曼”也有些批評家曾懷疑它為了要求對比尖銳，敘述生動而犧牲了信實。有一些史料，敘述着民族的幼年，保存在檔案中流傳給我們的，也被認為由於種族驕傲或由於新時代的宗教情緒而被歪曲了。然而對於大部分的古代法律却並未發生過這些毫無根據的

或合理的疑虑，这是非常值得重视的事实。所有流传下来的许多古代法律所以能被保存下来，只是因为它们是古代的，那些在当初执行它和服从它的人们，并不标榜能理解它；在有些情况下，他们甚至嘲笑它和藐视它。除了它是由他们祖先传下来的以外，他们对它并不特别重视。因此，如果我们能集中注意力于那些古代制度的断片，这些断片还不能合理地被假定为曾经受到过改动，我们就有可能对于原来所属社会的某种主要特征获得一个明确的概念。在这个基础上再向前跨进一步，我们可以把我们已有的知识适用于象“摩奴法典”那种大体上其真实性还可疑的一些法律制度；凭了这个已经获得的关键，我们就可以把那些真正是古代传下来的部分从那些曾经受到过编纂者的偏见、兴趣或无知的影响的部分，区分开来。至少应该承认，如果有足够的材料来从事于这样的研究过程，如果反复的比较是被正确地执行着，则我们所遵循的方法，必将象在比较语言学中使能达到惊人结果的那些方法一样很少有可以反对的余地。

从比较法律学中所获得的证据，使我们对人类原始状态确立了一种看法，即所谓“宗法理论”。当然这个理论无疑地原来是以下亚细亚（Lower Asia）希伯来（Hebrew）族长制的圣经史为根据的；但是，像前面已经解释过的，正因为它和“圣经”（Scripture）有联系，它就被反对，不被认为是一个可以接受的完全的理论，因为直到最近还热诚从事于总括各种社会现象的多数研究者，不是一些对希伯来古代事物具有最顽强偏见的人，就是一些想不借助于宗教记录而最坚强地希望自己建立一个体系的人。即使一直到現在，也许还有着这样一种倾向，低估这些记录的价值，或者应该說是不愿把它们作为閃族（Semitic people）传统的组成部分，而从其中得出结论。但是，值得注意的是，这一种法律记录，几乎完全来自属于印度-欧罗巴种族的社会制度，其中较大部分是罗

“他們既沒有評議會，又沒有地美士第，但每一个人对妻子和兒女都有审判权，在他們相互之間，則是各不相关的。”这些詩句是适用于“独眼巨人”(Cyclops)的，我以为如果說“独眼巨人”就是荷馬心目中一种外国的和不进步的文明的典型，也許不完全是一种幻想；因为一个原始共产体对于在風尚上和它自己有非常不同的人，往往会感到几乎是自然的憎恶，这种憎恶通常表现为把他們描写成怪物，例如巨人甚至是魔鬼（在东方神話学中，几乎在所有情况中都是如此）。不論是不是这样，在这几行詩句中，正集中了古代法律事物所能給予我們的各种暗示的总和。人类最初是分散在完全孤立的集团中的，这种集团由于对父輩的服从而結合在一起。法律是父輩的語言，但它还没有达到我們在本文第一章中所分析的地美士第的程度。当我们向前进行而达到这些早期法律概念成形的社会状态时，我們發現，这些法律概念仍旧多少带有足以表示一个專制的父的命令的这个特点的神秘性和自發性，但在同一时候，由于他們来自一个主权者，这些法律概念就預先假定了一个組織比較广泛、由許多家族集团組成的联合体。第二个問題是，这种联合体的性質是什么以及它包括的亲密程度究竟是怎样的。正是在这一点，古代法律提供給我們最大的貢獻之一，并且填补了否則只可能以猜度来渡过的一个鴻沟。它不論在任何方面都明显地表示着，原始时代的社会并不象現在所設想的，是一个个人的集合，在事实上，并且根据組成它的人們的看法，它是一个許多家族的集合体。如果說一个古代社会的單位是“家族”，而一个現代社会的單位是“个人”，則这个对比，也許可以更强有力地表示出来。在古代法律中，这个差別有着重大的后果。法律的这样組成是为了要适应一个小的独立团体的制度。因此，它的数量不多，因为它可以由家長的專断命令来增补的。它的仪式繁多，因为它所着重处理的事务，类似国际間的事务的地方，多于个人間交往的迅速处理。尤其重要的，它

具有一种特性，其重要性在目前还不能全部表现出来。它所持有的人生观和发达的法律学中所体现的完全不同。团体永生不灭，因此，原始法律把它所关联的实体即宗法或家族集团，视为永久的和不能消灭的。这种见解同远古时代道德属性所表现的特别看法，有着密切联系。个人道德的升降往往和个人所隶属集团的优缺点混淆在一起，或处于比较次要的地位。如果共产体有了罪过，它的罪恶大于其成员所犯罪的总和；这个罪是一个团体行为，其后果所及，要比实际参与犯罪行为的人多的多。如果，反过来，个人是显然有罪的，那他的子女、他的亲属、他的族人或他的同胞就都要和他一起受罚，有时甚至代替他受罚。因此关于道德责任和道德报应的观念，在很古时代，似乎常比各个较进步时代体会得更加明白，因为既然家族集团是永生不灭的，其担当刑罚的责任是无限制的，则原始人的头脑自不会象后来当个人被视为完全和集团分离的时期的后代人的头脑那样被种种困难问题所窘困了。早期希腊关于一个遗传的诅咒的观念，标志着由古代的和简单的对于事物的看法走向后来神学或形而上学解释的过渡的一步。他的后裔从原来罪犯所受到的遗物，不是一种受刑罚的义务，而是一种犯新罪使发生一种该受报复的义务；这样，家族的责任就和这种新的思想状态，即把犯罪后果限制于实际犯罪者的新思想状态，取得了一致。

如果我们能根据前面谈到的圣经上的例子提供给我们的暗示而作出一个一般结论，并假定：凡族长死亡时，一个家族仍能结合在一起而不分散，这时候共产体就开始存在了，如果是这样，则社会起源的解释将是很简单的。在大多数的希腊国家中，以及在罗马，长期存在着一系列上升集团的遗迹，而“国家”最初就是从这些集团中产生的。罗马人的“家族”、“大氏族”和“部落”都是它们的类型，根据它们被描述的情况，使我们不得不把它们想象为从同一起点逐渐扩大而形成的一整套同心圆，其基本的集团是因共同从

屬於最高的男性尊屬親而結合在一起的“家族”。許多“家族”的集合形成“氏族”或“大氏族”。許多“氏族”的集合形成“部落”。而許多“部落”的集合則構成了“共和政治”。根據這些痕迹，我們是不是可以進而認為：共和政治是因為來自一個原始家族祖先的共同血統而結合在一起的許多人的一個集合體。關於這一點，我們至少可以斷定，一切古代社會都自認為是來自一個原祖，並且除此以外，他們雖經努力，但仍無法想出他們所以會結合在一個政治團體中的任何其他理由。事實上，政治思想的歷史是從這樣一個假設開始的，即血緣是共產體政治作用的唯一可能的根據；也沒有任何一種我們強調地稱之為革命的感情破滅，其驚人和完全的程度及得上其他原則——例如所謂“地方毗鄰”——第一次成為共同政治行動的基礎時所完成的變化的。因此，我們可以肯定認為在早期共和政治中，所有公民都認為，凡是他們作為其成員之一的集團，都是建築於共同血統上的。凡對於“家族”是顯然正確的，當時便認為首先對於“氏族”，而後對於“部落”，最後對於“國家”也都是正確的。可是，我們發現，雖然有著這樣一個信念，或者假如我們可以這樣稱呼它的話，這個理論，但每一個共產體所保存著的記錄或傳統，却都明顯地表示這個基本假設是虛偽的。不論我們觀察希臘各邦，或羅馬，或提供尼布爾以許多有價值例證的在笛脫麻希的條頓貴族政治，或凱爾特部族組織，或斯拉夫俄羅斯人和波蘭人的那些只在後來才引人注意的奇怪的社会組織，在每個地方，我們都能在他們的历史中發現有把外國出生的人接納或同化於原來的同族人中的事。如果單獨以羅馬而論，我們也可看到，這個原始集團即“家族”是不斷地由於收養的習俗而攙雜進來其他血統的人的，而有關把原來的“部落”之一驅逐出境，以及一個古代國王大量增加各氏族成員的種種故事，似乎是始終不斷地流傳著的。國家的組成被普遍假定為是自然的，但在實際上却絕大部分是人為的。這種存在於

信念或理論同显著的事实之間的互相抵触，初看起来是非常令人困惑的；但它真正說明的，正是“法律拟制”在社会幼年时代所发挥的效能。最早最广泛应用的法律拟制，是允許以人为的方法来发生家庭关系，我以为，人类所深受其惠的，实沒有比这个更多的了。如果过去从来沒有过这种拟制，任何一个原始集团不論其性質如何，决不可能吸收另一个集团，除了一方面是絕对的优势，另方面是絕对的从屬之外，也决不可能有任何二个集团在任何条件下能結合起来。毫無疑問，如果我們用現代的見解来設想几个独立共产体的結合，我們可以提出成百种达到这个目的的方式来，其中最簡單的方式就是由包括在要合并的各集团中的个人，按照地区在一起选举或一起活动；但是，許多人如果仅仅因为他們恰巧居住于同一地域以內就應該行使共同政治权利，这个观念对于原始的古代社会来講，是完全陌生和奇怪的。在那时代，受到欢迎的办法是，外国人應該把他們自己冒充为来自他們所要加入的人民的同一祖先；我們今天所不易理解的，正就是这个拟制的善意，以及它能被做得接近真实。但是，有一个情况是必須加以重視的，即形成不同政治集团的人們当然有定期会集在一起的習慣，目的在用共同的祭祀以確認和神聖其联系。被同化于同胞中的異乡人无疑地也会被允許参加这些祭祀；我們可以相信当这些異乡人一度这样做了以后，似乎就很容易或沒有什么困难被視為参加了共同血統。因此，从証据得出的結論，所有早期社会并不都是由同一祖先的后裔組成，但所有永久和团結巩固的早期社会或者来自同一祖先，或者則自己假定为来自同一祖先。有无数的原因可能会把原始集团加以粉碎，但無論如何，当它們的成分重新結合时，都是以一种亲族联合的型式或原則为根据的。不論在事实上是怎样，所有的思想、言語和法律都被調整，以适合于这个假定。但是，虽然在我看来，就那些記錄為我們所熟悉的各个共产体而論，所有这一切似乎

都是可以成立的，但它們历史的其余部分論証了前面所提出的論点，即这个最有力的“法律拟制”主要地起着暫时的和有限的影响。到了某一个時間——也許是——当它們自己感覺到自己力量足以抵抗外来压力时——，所有这些国家就立即終止用人为扩大血緣的方法来添补新成員。因此，凡当有新的人口由于任何原因而結集在他們四周，但不能提出和他們起原于共同祖先的主張时，在这种情况下，他們就必然地成为“貴族”。他們严格維持着一个制度的主要原則，根据这个原則人們除了真正的或人为的血統关系以外，沒有任何条件可以使他們获得政治权利，因此教导了弱者另一个原則，这个原則已証明是具有高度的生命力的。这就是地方毗邻原則，現在已被到处承認为共产体在政治职能上的一种条件。于是一套新的政治观念立刻产生了，这些既然是我們自己的观念，是我們同时代人的观念，并且在很大程度上也是我們祖先的观念，因此也就模糊了我們对于那些被它們所駁倒和廢棄的旧理論的理解。

一个古代社会、据我們所能設想到的，虽然是多种多样的，但“家族”是它的典型；不过这里所謂的家族，同現代人所理解的家族并不完全相同。为了要得到古代的概念，我們必須就我們現代观念作一些重要的增加和一些重要的限制。我們必須把家族看作是因吸收外来人而不断扩大的团体，我們并且必須把收养的拟制認為是和真正的血緣关系非常密切地近似的，因此不論在法律上或在人們的意見中，对于真正的血緣关系和收养关系之間，都沒有絲毫差別。在另一方面，由于共同血統而在理論上混合于一个家族中的人們，他們在实际上結合在一起，乃是由于他們共同服从其最高在世的尊親屬如父亲、祖父或曾祖父。一个首領具有宗法权，是家族集团观念中的一个必要的要素，正和家族集团是由他所产生的事实(或假定事实)同样的必要；因此，我們必須了解，不論任何人，虽然由于血緣关系真正包括在同族之內，但如果他們在事实上

退出了其統治者的支配，則早在法律創始時期，他們就要被認為是不屬於這個家族了。我們在原始法律學的發軔時候所遇到的，正是這種宗法的集合體，——近代家族就是這樣在一方面加以縮小在另一方面加以擴大而組成的。家族也許比“國家”、比“部落”、比“氏族”更加古老一些，但它在“氏族”和“部落”被長久遺忘，在血緣同國家的組成已長久失掉了聯繫以後，還在私法上留有殘迹。它在法律學的各大部門中都有烙印可以發現；並且我以為，它可以被認為是這些部門中許多最重要和最持久特徵的真正淵源。最古法律的各种特性從開始時就使我們得到這樣一個結論，即在權利和義務制度上，它對於家族集團所持的見解正和我們今日流行在全歐洲的對於個人所持的見解完全相同。即使在現在，我們還可以觀察到這樣的社會，它們的法律和慣例除非被假定為還沒有脫離這種原始狀態就很難加以說明；但是在環境比較幸運的共產體中，法律學的結構已開始逐漸瓦解了，如果我們仔細地觀察這種瓦解現象，我們就能看到這種瓦解主要是發生在受到家族的原始概念影響最深的那些部分的制度中。一個最重要的例証中，就是在羅馬法中，變化發生得非常遲緩，從一個時代到另一個時代，我們可以觀察到變化所遵循的路綫和方向，並且甚至可以對變化所趨向的最後結果，略加敘述。並且在進行這個最後的研究時，我們不會受到那個把現代和古代世界分隔開來的想像障礙的阻撓。因為經過提煉的羅馬法同原始野蠻的慣例混合後，形成了以封建制度這個虛偽的名字為我們所知的混合物，其結果之一是復活了在羅馬世界早已廢棄不用的古代法律學的許多特色，因此那似乎已經終止了的分解過程又再度開始，並且在某種程度上直到現在仍舊在繼續進行中。

最古社會的家族組織曾在少數法律制度學上留有明白而廣大的標誌，顯示出“父”或其他祖先對於卑親屬的人身和財產有終身的權力，這種權力，我們為了方便起見，用它後來在羅馬的名稱，

称它做“家父权”(Patria Potestas)。在人类原始联合的所有特色中,没有比这种权力更多地被大量的证据所证明;但也沒比这种权力更为普遍地、更为迅速地由进步共产体的惯例中消失掉。在安托宁时代写作的该雅士,认为这个制度是罗马人特有的制度,诚然,如果他看一看莱茵河或多瑙河对岸那些曾引起他同时代人好奇心的野蛮部落,他可能会看到许多最粗陋形式的宗法权的例子。在远东有一个和罗马人来自同一人种的支系也正在按照其最专门的细节重复施行“家父权”。但在公认为包括于罗马帝国内的各民族中,除了只在亞細亞加拉塔(Asiatic Galatae)之外,该雅士不可能找到有类似罗马“家父权”的一种制度。据我看来,祖先的直接权威在大多数进步社会中之所以会很快就少于其在最早状态中所有的程度,是有多种理由的。未开化人们对其父绝对遵从,无疑地是一个主要事实,这个事实不是轻易地能解释清楚的,如果只说因为这样对他们有利;但是,在同时,如果子服从父是出于自然的,那末子希望父具有卓越的体力或卓越的智慧也是同样出于自然的。因此,当社会处在体力和智力都具有特殊价值的时候,就会发生一种影响,倾向于使“家父权”限于确实具有才干的和强有力的人。当我们初看到有组织的希腊社会时,好像出类拔萃的智慧会使体力虽已衰微的人仍能保持其家父权;但在“奥特赛”中优烈锡士(Ulysses)和莱安底斯(Laertes)的关系似乎表示当其子兼有非常的勇武和智慧时,其年已衰老的父是可以从家族首领的地位上被废免的。在成熟的希腊法律学中,其规定比荷马文学中所暗示的实践,更前进了几步;虽然仍有许多严格的家族义务被保留着,但父亲的直接权威象在欧洲的法典中一样被限制于未成年的子女,或是,换言之,被限制于这些子女假定他们的智力和体力还不充足的一定时期内。但是,这个具有改革古旧惯例以适应共和政治急需这种显著倾向的罗马法,它一方面保持了原始制度,

另一方面却保持了我認為它曾从屬的自然限制。在每一种生命有关的場合，如当集体的共产体为了議和或为了战争而必须利用其智力和体力时，家子（Filius familias）或“在父权下之子”（Son under Power）就可以获得和父同样的自由。罗马法学中有这样一个格言，“家父权”并不触及“公法”（Jus Publicum）。父和子在城中一同选举，在战场上并肩作战；真的，当子成为将军时，可能会指挥其父，成为高级官吏时，要审判其父的契约案件和惩罚其父的失职行为。但在“私法”所创造的一切关系中，子就必须生活在一个家庭专制之下，这种家庭专制直到最后还保持着严酷性，它并且延续了許多世紀，这就成为法律史中最奇怪的問題之一。

羅馬的“家父权”必然地是我們原始父权的典型，但作为一个文明生活的制度，不論我們从其对人的影响或对物的效果而論，都是同样难以理解的。遺憾的是，在它的历史上存在着的一个鴻沟，現在已无法更完全地填滿了。就人而言，根据我們所获得的材料，父对其子有生死之权（Jus vitæ necisque），更毋待論的，具有无限制的肉体惩罚权；他可以任意变更他們的个人身分；他可以为子娶妻，他可以将女許嫁；他可以令子女离婚；他可以用收养的方法把子女移轉到其他家族中去；他并且可以出卖他們。后来在帝政时期，我們还可以發現所有这些权利的遺迹，但已經縮小在極狭小的範圍內。家內惩罚的无限制的权利已变成为把家庭犯罪移归民事高级官吏审判的权利；主宰婚姻的特权已下降为一种有条件的否定权；出卖的自由已在实际上被廢止，至于收养在查斯丁尼安的改良制度中几乎全部失去了它在古代的重要性，如果没有子女的同意，移轉給养父母就不能生效。总之，我們已十分接近最后流行于現代世界的各种观念的邊緣，但是在这些相隔很远的时代之間，存在着一个暗昧的期間，据我們猜想，“家父权”所以能这样长时期地持續着，其原因就在它比表面上較為可以容忍一些。兒子積極完

成其对国家所负各种义务中最重要的义务，縱使不取消他父亲的权威，一定也会削弱这种权威。我們不难想象，如果对于一个占有高级民事官吏职位的成年人行使父权專制，則必然地会引起極大的誹謗。不过在較早期的历史中，这种在实际上解放的事例，如和罗马共和时代因不断發生战事而造成的事例相比，是要少得多。早期战争中一年有四分之三時間輾轉于戰場上的軍事护民官和士兵，以及在后一时期统治一省的地方总督和占領它的軍团兵，他們实在不應該有任何实际理由使他們自認為是一个專制主人的奴隶；而在当时，所有这些逃避“家父权”的道路有不断增加的傾向。胜利引导到征服，征服引导到占領；用殖民来占領的方式改变了用常备軍来占領各省的制度。每次向前进展一步，就要召唤更多的羅馬公民出国，就要对正在不断减少的拉丁民族的血液进行一次新的汲引。我以为，我們得推定，到帝国建立，世界平靖开始的时候，主張松弛“家父权”的强有力的情緒，已成为确切不移的了。最早加于这古代制度的大打击来自較早期的几个凱撒，而圖拉真(Trajan)和汉德林所作的几次單独干涉，似乎又为后来一系列明确的立法准备了条件，我們虽无法断定这些立法的时间，但我們知道，这些立法在一方面限制了家父权，另一方面增加了其自动放棄的种种便利。在比較早的时期，如果子經過三次出卖，就可以消灭“家父权”，我認為，这个方式証明在很早时候就感觉到沒有延長这种权力的必要。这一条規定宣布子在被父出卖三次以后應該获得自由，其原意似乎是为了要懲罰这种甚至为道德观念还处于啓蒙时期的原始羅馬人所反对的实践。但是甚至在“十二铜表法”公布以前，由于法学专家的智机，如果家父願意中止家父权的时候，就可以利用这个方式来把它取消。

无疑地，我们是不能从历史的表面来發現这許多促使減輕父对子人身权力的严酷性的原因的。我們无法断定究竟公共輿論对

于一种法律所赋予的权威能使它瘫痪到如何程度，或者父子之情究竟能使它被忍耐到如何程度。但是，虽然对于人身的权力在后来可能变成了有名无实，不过到现在还残存的罗马法律学的全部要旨暗示着，父对子财产所有的权利，则是始终毫无犹豫地被行使到法律所准许的限度的。这些对财产的权利在最初出现时，其活动范围较广是无足惊异的。古代罗马法禁止“在父权下之子”（Children under Power）和父分开而持有财产，或者（我们宁可说）绝对不考虑子有主张一种各别所有权的可能。父有权取得其子的全部取得物，并享有其契约的利益而不牵涉到任何赔偿责任。我们从最古罗马社会的构成中所能得到的就是这些，因为除非我们假定原始家族集团的成员应该把他们各式各样的劳动所得都放在其共有的财产中，而在同时他们又不能把在事前没有经过考虑的个人债务来拘束它，则我们就很难就原始家族集团作出一个概念。“家父权”的真正难解之处实在并不在这一方面，而是在于父的这些财产特权被剥夺得如此之慢，以及在于在这些特权被大大地缩小之前全部文明世界都被引入这些特权范围之内。对于这种情况，没有试作过任何改革，直到帝国的初期，现役军人的取得物可以不受“家父权”的影响，这无疑地是被用作为对推翻自由共和政治的军队的酬劳的一部分。经过三个世纪以后，这同样的免除扩大而适用于国家文官的劳动所得。这二种变化在应用时是显然有限制的，并且它们在技术上是采用这样的形式，以求尽量避免干预“家父权”的原则。罗马法在过去是一向承认某种有限的和依附的所有权的，奴隶及“在父权下之子”的赏金和积蓄并不被强迫包括在家庭账目之内，这种特许财产的特别名称为“特有产”（Peculium），适用于新从“家父权”中解放出来的取得物，属于军人方面的则称为“军役特有产”（Castrense Peculium），属于文官方面的则称为“准军役特有产”（Quasi-castrense Peculium）。

以后对家父权还有其他的变更，在外表上对于古代原则已不复像过去那样的尊重了。在采用“准军役特有产”以后不久，君士坦丁大帝取消了父对子从其母继承财产上所有的绝对权，把它缩小为一种用益权(usufruct)或终身收益。在西罗马帝国还有少数比较不很重要的变化，但最大的变化发生在东罗马帝国，是当查士丁尼安的时代，他所制定的法律，规定除非子的取得物是来自其父自己财产，父对这些取得物的权力不得超出在他生存期内享有出产物的范围。罗马的“家父权”虽已作了这样极度的宽放，但是罗马的制度仍旧远比现代世界中任何类似制度为广泛和严格。法律学最早的现代作者认为，只有比较残暴和比较鄙野的罗马帝国征服者，特别是斯拉夫族的各国，才有类似“法学彙纂”和“法典”中所叙述的一种“家父权”。所有的日耳曼移民似乎都承认一个家族团体属于门特(mund)或族长权之下；但族长的权力显然只是一种腐败的“家父权”的遗骸，同罗马人的父所享有的权力远不能相比拟。法兰克人特别被提到没有受到这种罗马制度的影响，因此老一代的法国法学家甚至在非常忙于用罗马法规定来填补野蛮习惯的孔隙时，还不得不用这明白的格言在法兰西父权不能代替（Puyssance de père en France n'a lieu）来保获自己，使不受到“家父权”的侵入。罗马人固执地保持着他们这个最古状态的遗迹，其本身是值得注意的，但更值得注意的是“家父权”在它一度绝迹以后又复在全部文明世界广泛流行这一事实。当“军役特有产”还只是父对子财产权力的唯一例外时，以及当父对于子人身所有的权力还是极为广泛的时候，罗马公民权以及随着公民权而产生的“家父权”正被广布到帝国的每一个角落。每一个非洲人或西班牙人、每一个高卢人、不列颠人或犹太人因赠与、买受或继承而获得这种公民权的光荣时，把它自己放在罗马“人法”之下，又虽然我们的权威学者暗示，在取得公民权前所生的子女不能违背他们的意志而把他们放

在“父权”之下，但在这以后所生的子女以及所有在他们以后的卑亲属都应该处于一个罗马家子的通常地位上。对于后期罗马社会的构成，本不在本文研究范围之内，但我不妨在这里说明，有人认为安托宁那·卡刺卡拉(Antoninus Caracalla)规定把罗马公民权赋予其全部臣民的措施并不重要，这种意见是缺乏根据的。不论我们对这件事作如何解释，但它必然无疑地大大扩大了“家父权”的范围，并且据我看来，它使家族关系更加紧密，而这正是我们必须比以前更加注意的，可以用来说明正在改变着世界的伟大道德革命的一种媒介。

在离开我们主题的这一个部分以前，应该注意到“家父”对于“在父权下之子”的不法行为(或侵权行为)应负责任。他对其奴隶的不法行为也同样的应该负责；但在这两种情形下，他原有这样一种特别的权利，就是把犯罪者的本人交出以赔偿损害。“家父”这样因为子的缘故而负担责任，再加上父和“在父权下之子”相互之间不能提起控诉，有些法学家认为这种情况最好用“家父”与“家子”间存在着一种“人格统一”的假设来加以说明。在“继承”的一章中，我将说明在什么意义上和在什么限度内，这种“统一”可以被认为是一种现实。在目前我只须说明：“家父”的这些责任以及此后要讨论到的其他一些法律现象，据我看来，都是作为原始族长所有权利的一种对称的某种义务。我的看法是，如果他有绝对的处分其同部族之人的人身和财产的权利，则和这种代表性的所有权相适应，他也有从共同基金中供养同族内所有成员的责任。困难是在于，当我们在想象“家父”的这种责任的性质时，我们必须从我们习惯的联想中充分地解脱出来。它不是一种法律义务，因为法律还没有渗透到“家族”的境界之内。要称它为道德的也许还言之过早，因为道德观念属于较后阶段的智力发展；在目前，我们不妨称之为“道德义务”，但是这所谓“道德义务”，应该被理解为一种自觉

地服从的，并且是依靠本能和習慣而不是依靠文明規定裁制所強行的义务。

“家父权”就其正常状态而論，并不是，并且据我看来，也不可能是一种在大体上永久的制度。因此，如果我們單从它本身来考虑，它以前具有普遍性的証据，是不完全的；但是如果研究一下古代法律中在根本上依附着它、但却不是从它所有方面或为每一个人所能看到的一条綫索所联系着的其他部門，則可以获得的証据将更多。我們試以亲屬关系为例，或者换言之，以古代法律学中亲屬相互間据而衡量远近亲疏的等級为例。这里，最方便的方法又是应用羅馬的用語，即“宗亲”和“血亲”关系。血亲关系就是現代觀念所熟悉的亲屬关系概念；这是因一对已婚的人所出生的共同后裔而产生的亲屬关系，不論其后裔来自男性或女性方面。宗亲亲屬关系和这完全不同；它不包括有許多我們在今天認為当然是我們亲屬的人，而同时却包括了更多我們决不会計算在我們亲屬中的人。其实，这是根据了最古时代的看法而存在于家族成員間的一种关系。这个关系的範圍，和現代亲屬关系的範圍是远不相一致的。

因此，“血亲”指的是一切人，从血統上能追溯到一个單一的男性和女性祖先的；或者，如果我們用羅馬法中这个字的严格的專門意义，他們是一切从血統上能追溯到一对合法结婚夫妇的人。“血亲屬”因此是一个相对的名称，它所表示血緣关系的程度要以被选定作为计算的起点的特殊婚姻而决定。如果我們从父和母的婚姻开始，“血亲屬”只表示兄弟和姊妹的亲屬关系；如果我們从祖父和祖母的婚姻开始，則伯叔姑母以及其后裔也都要包括在“血亲屬”的觀念內，根据这同一步驟只要我們在宗譜上选定更高更高的起点，那就可繼續得到更大量的“血亲”。这一些都是为一个現代人所容易理解的，但誰是“宗亲”呢？首先，凡專从男性追溯其亲屬关系

的都是“血亲”。为了要組成一張“血亲”世系表，当然只須要依次取每一个直系祖先，并把其所有男女两性的卑屬亲都包括在一張表式內；如果，在追溯这样一張家系表或家系树的各个支脈时，我們每到达一个女性的名字时立即停止，不再在該特殊的支脈或枝节上繼續向前进行，把女性的卑屬亲完全除外后所有遺留下来的人就都是“宗亲”，而他們相互的关系便是“宗亲”关系。我之所以要在那实际上把他們从“血亲”分开来的过程上稍談几句，因为这說明了一个著名的法律格言“一个妇女是家族的終点” (*Mulier est finis familiæ*)。在一个女性名字出現的地方封閉了家系中有关支脈或枝条。女性的后裔是不包括在家族关系的原始观念中的。

如果我們所研究的古法律制度是一个允許收养的制度，則在“宗亲”之中还必須加进由于人为的扩大范围而增加到“家族”中来的人口，包括男性或女性。但是这类人的卑亲屬如果能滿足上面所談的各种条件，則他們将只是“宗亲”。

然則，究竟憑着什么理由，决定这种專断的包括和除外？为什么一个“亲屬关系”的概念一方面是这样地有彈性，可以包括因收养而带入家族中来的陌生人，但另一方面又是这样地狹隘，把一个女性成員的后裔排除在家族之外？要解决这个问题，我們又必須回到“家父权”。“宗亲屬”的基础并不是“父”“母”的婚姻，而是“父”的权威。在同一“父权”之下的一切人，或是曾經在它下面的一切人，或是可能会在它們下面的一切人，如果他們的直系祖先寿命很長足以造成他个人的王国，所有这一切人就都是因“宗亲屬”而結合在一起的。实际上，在原始的見解中，所謂“亲屬关系”正是以“家父权”为其范围的。“家父权”开始时，“亲屬关系”也开始；因此，收养关系也包括在亲屬关系之中。“家父权”終了时，“亲屬关系”也終了；因此，一个被父所解放了的子就丧失了“宗亲屬”的一切权利。这就是为什么女性后裔不在古亲屬关系范围之内的理由。如果

一个妇女未婚而死亡，她不能有合法的卑亲属。在她结婚后，她所生的子女属于她夫而不属于她父的“家父权”范围，这样，她的子女就不属于她自己的家族。很显然，如果有人自称是母亲的亲属，则原始的社会组织可能要为之惊惶失措。因为这样一个人就可能要属于两个不同的“家父权”；但是各别的“家父权”含有各别的管辖权之意，则这个同时属于两个管辖权的人就必将生活于两种不同法律管理之下。既然“家族”是帝国内的一个帝国，是共和政治内的一个共产体，受到它自己的以父为其泉源的制度的统治，则把亲属关系限于“宗亲”，正是避免在家庭中的法庭上发生法律冲突的一种必要保证。

“父权”本身因父的死而消灭，但“宗亲属”则好像是一个模型，在“父权”消灭后还留着痕迹。这就是研究法律学史的人对“宗亲属”感到有兴趣的所在。只有在比较少数的古代法律的纪念碑中可以看到“父权”，但是意味着父权存在的“宗亲”关系，则几乎到处都可以发现。属于印度-欧罗巴祖先的各个共产体的土著法律，在其最古结构中，绝少不显示出明明可以归因于“宗亲属”的特性的。例如：在含有浓厚家族依附这个原始观念的印度法中，亲属关系是完全“宗亲”的，据我所知，在印度的家谱中，所有妇女的名字一般是完全略而不载的。对于亲属关系的这种同样见解，在许多蹂躏罗马帝国的各民族的法律中都普遍存在，真好象是它们原始惯例的一部分；我们并且不妨猜想，如果不是后期罗马法对现代思想所加的巨大影响，它在现代欧洲法律学中可能要比现在更永久地被保存着。“裁判官”很早就把“血亲属”作为天然形式的亲属关系，并不辞艰苦地想把旧的概念从他们的制度中清除出去。他们的观念传给了我们，但“宗亲属”的痕迹在许多现代的继承法规定中仍旧可以看到。把女性及其子女排斥在政府职务之外，一般以为系由于撒利族法兰克人 (Salian Franks) 的惯例，但这当然是来自“宗

亲”关系，起源于古日耳曼对于自主财产的繼承規定。在英国法律中，只有到最近才被廢棄的那种特別規定，即禁止半血統兄弟相互繼承土地的規定，也可以在“宗亲”中找到解釋。在諾曼底（Normandy）的習慣中，这个規定只适用于同母異父（uterine）兄弟，也即是同母而不是同父的兄弟；这种限制，是严格地从“宗亲属”制度中演繹出来的，因为在这个制度下，同母異父兄弟在相互之間根本不是亲属。当它被带到英格兰时，英国法官不了解原則的来源，把它解釋为只是一般地禁止半血統的繼承，并把它推用到同血統（consanguineous）兄弟，即同父異母的各个兒子。在一切虛伪法律哲学的文籍中，当以企圖对半血統的被排斥进行解釋并証明它是正当的布拉克斯頓的詭辯文章，最为突出。

我以为，由此可以看出这个由“家父权”結合起来的“家族”是全部“人法”从其中孕育而产生出来的卵巢。在“人法”的各章中，最重要的是有关妇女身分的一章。剛才說過，“原始法律学”虽不允許一个妇女把任何“宗亲属”的权利傳給其后裔，但却把它本人包括在“宗亲”范围之內。其实，一个女性同她所出生的家族之間的关系，應該比把她和男性亲属結合在一起的关系更来得严格、密切和永久。我們曾几次說過，早期法律只着眼于“家族”；这也就是說，它只着眼于行使“家父权”的人；因此，它在父死之时解放其子或孙所依据的唯一原則，是在考虑这个子或孙有沒有使其本身成为一个新家族的首領和一套新“父权”的根子的能力。一个妇女当然不具有这种能力，因此也就不能有获得法律所賦与的自由的權利。所以古法律学用一种特殊的詭計把她終生留在“家族”的范围中。这就是最古羅馬法中所謂“妇女終身监护”（Perpetual Tutelage of Women）的制度，在这个制度下面，一个“女性”虽因其父的死亡而从父权中解脫出来，但仍应繼續終身从屬於最近的男性亲属；并以他作为其“监护人”。“終身监护制”（Perpetual Guardianship）

显然是不折不扣的“家父权”的一种人为的延長，虽然当时在其他方面，“家父权”已經被完全取消了。在印度，这个制度完整无缺地保存下来，并执行得非常严格，以致一个印度的母亲常常受着自己兒子的监护。甚至在欧洲所有斯干的那維亞各国有关妇女的法律一直到最近还保留着这种制度。西羅馬帝国的侵入者在土著慣例中都普遍具有这种制度。他們在“监护制”这个主題上所有的各式各样观念，实在是他們介紹到西方世界的各种观念中最退化的一种。但在成熟的羅馬法律学中，这种制度已完全消失。如果我們所能参考的只是查斯丁尼安所編纂的法律，則我們將几乎完全不知道有这样一个制度；但是該雅士手稿的發現讓我們看到了这个制度，正当它陷于完全丧失信用和瀕于消灭的这样一个最有趣的时代。这个偉大的法学專家斥責了一般用来替这个制度辯解的所謂女性智力低劣的說法，在他的著作中，并且有相当大的一部分用來說明羅馬法学家所提出以便“妇女們”能憑以打垮这古代規定的許多方法，其中有些是非常聪明的。这些法学專家在“自然法”理論的指导下，在这个时期明显地以两性平等作为其衡平法典的一个原則。我們可以看到他所攻击的各种限制是对于財產处分上的限制，因为在那个时候，妇女处分財產仍必須正式取得其监护人的同意。至于对她人身的支配权則显然早已廢棄了。

“古代法”把妇女从屬於她血統至亲，而現代法律学中的一个主要現象則是把她从屬於丈夫。这种变化的历史是值得注意的。这种历史的开始，远在羅馬的紀年史中。在古代，按照羅馬的慣例而締結婚姻的方式有三种，一种是用宗教仪式，另外两种是按照世俗仪式进行。宗教婚姻叫共食婚 (Confarreation)；高級形式的民事婚姻称为买卖婚 (Coemption)；低級形式称为时效婚 (Usus)，通过这些婚姻，夫对于妻的人身和財產取得了多种权利，总的說来，是超过現代法律学任何制度所賦与他的。然則，他究竟是憑什

么能力取得这些权利的呢？他不是以夫而是以父的能力。通过“共食婚”、“买卖婚”和“时效婚”，妇女处在夫的监护下（in manum viri），也就是說，在法律上，她成了她丈夫的女兒。她被包括在夫的“家父权”中。她承担着在“家父权”存在时所产生的以及在“家父权”消灭后所遺下的一切义务。她所有的全部财产绝对地属于夫所有，在他死亡后，她便受监护人的保护，监护人是由其夫用遺囑指定的。但是，这三种古代的婚姻形式逐漸廢棄不用，在羅馬最光輝灿烂的时期，它們几乎完全为另外的一种婚礼所代替——显然是旧式的，但到这时为止一向是被認為不体面的——，这是低級形式民間婚姻的一种变形。我毋庸詳細說明这在現在成为普遍流行的制度的專門結構，只須說明：在法律上妇女只是作为家族的一种暫時寄托物而已。家族所有的各种权利仍旧毫无損失，妇女繼續在她父所指定的监护人的保护之下，而监护人的支配权在許多實質問題上甚且超过其夫的低級权力。其結果，羅馬女性不論是已婚的或未婚的，在人身上和财产上都有巨大的独立地位，因为象我已經暗示过的，后期法律的趋势把监护人的权力逐漸縮減到零，而流行的婚姻形式也並沒有把补充的优越权給予其夫。但基督教似乎从开始时就具有要縮小这种显著自由的傾向。具有这个新信仰的專家們最初由于对腐敗的邪教世界种种放蕩行为的正当嫌恶的引导，但后来則为禁慾主义的一种热情所催促，对于这事实上为西方世界所仅見的最松弛的一种婚姻关系，不表欢迎。最后期的羅馬法律由于它曾受到基督皇帝宪令的接触，帶有反对这些偉大安托宁法学專家們自由学理的某种痕迹。当时流行的宗教情緒可以說明，經過蛮族征服的鎔爐鍛煉过并由羅馬法律学同宗法慣例混合而形成的近代法律学，为什么会在其雛形中过分地吸收一些不完全的文明社会中有關妇女地位的規定。在近代史开始的混乱时代，日耳曼和斯拉夫移民的法律对于地方臣民象是一个隔層那样重叠在羅馬法

学之上，这些优胜民族的妇女到处都是处在各式各样的古代监护制之下，丈夫要从他本族以外任何家族娶妻，为了从他们那里取得保佐权，就必须以一种聘金付给她的亲属作为代价。当我们继续向前进展看到中世纪时，法典已通过两种制度的合并而形成，其有关妇女的法律也就带有双重渊源的烙印。对于未婚女性，罗马法律学的原则占了优势，一般（虽然对这规定在有些地方是有例外的）都已不受家族的束缚；但已婚妇女的地位则是根据蛮族的古代原则规定的，夫能以夫的身分把过去一度属于妻的男性亲属所有的各种权力取为己有，所不同的是他已不再是购买他的特权了。因此，到这时候，西欧和南欧的近代法律开始因这样一个主要特征而著名，就是一方面未婚妇女和寡妇比较有了自由，另一方面它又使妻子感到沉重无力。由于婚姻而使女性处于从属地位，要经过很长时期才明显地消灭，欧洲这种野蛮主义的复活，其主要和有力的溶剂始终是来自查斯丁尼安法典化的法律学；因为凡是研究它的地方都必然地会唤起那热情，查斯丁尼安法典化的法律学隐秘地、但是最有效地损坏着它在表面上 仅仅是要加以解释的 各种习惯、但是有关已婚妇女的一章法律，绝大部分不是根据了“罗马法”而是根据了“寺院法”的见解来解释的，“寺院法”对于因婚姻而创设关系所持的见解同世俗法律学的精神两者之间有着宽闊的距离，其程度较其他任何方面都来得明显。这多少是难以避免的，因为凡是保留着一些基督教制度这种彩色的社会，很少可能会使已婚妇女恢复中期罗马法所赋与她们的个人自由，但是已婚女性在财产上没有权力和其在人格上的没有地位是建筑在完全不同的基础上的，而寺院法的释义者所以深深阻碍了文明，就是因为把他们把前者保存下来，并加以巩固。有许多迹象说明在世俗原则和教会原则之间，是曾经发生过斗争的，但寺院法几乎处处都得到胜利。在有些法国省分中，等级低于贵族的已婚妇女取得了罗马法律学所准许

的处分财产的全部权力，这种地方法律后来有大部分就为“拿破仑法典”所采纳；但是苏格兰法律的情况表明，切实顺从罗马法学专家的学理并不一定能使妻的地位有所提高。不过对于已婚妇女最严厉的制度，或则是那些严格尊重“寺院法”的制度，或则是由于同欧洲文明接触较迟从未把他们的古制加以去除的制度。斯干的那维亚法律直到后来对于所有女性还是比较苛刻的，仍旧因为对妻的严峻而著名。英国普通法所规定的财产上的无能力，其严厉程度也并不稍逊，而英国普通法中绝大部分的基本原则，都是来自“寺院法学者”的法律学的。普通法中规定已婚妇女法律地位的那一部分，真可以使一英国人对作为本章主题的伟大制度有一个明白的概念。我们只要回想一下纯粹英国普通法所赋与丈夫的各种特权，并回想一下，在普通法还没有经衡平法或制定法修正的部分中，在权利、义务和救济等各方面严格地坚持妻在法律上必须完全从属的见解，我们将对古代“家父权”的运用和性质，获得一个鲜明的印象。最早的罗马法和最晚的罗马法之间，就在“父权下之子”这个主题上所存在着的距离，同普通法和衡平法院法律学就其分别对妻所作规定上存在的距离，可以视为完全相等。

如果我们看不到监护在两种形式上的真正来源，而就这些论题采用了普通用语，则我们必然会以为，“妇女的保佐”果然是古代法律制度把停止权利的拟制推进到一个过分极端的例子，而古代法律制度为“男性孤儿监护”(Guardianship of Male Orphans)所设的规定则是恰恰方向相反的一种错误的例证。所有这类制度都规定在最早的时期就终止男性的保佐。根据可以作为其典型的古代罗马法的规定，因“父”或“祖父”死亡而免除“家父权”的家子，应仍处在监护之下，一般讲到他十五岁的时候为止；但一到这个时候，他就能立刻完全享有人格和财产独立之权。因此，未成年的期间，是不合理地短促，正像妇女无权力的持续期间是荒谬地长久。

一样。但是，事实上，在造成这两种监护原来形式的情况中，既沒有过分，也沒有不足的成分。在这两者之中，不論是哪一种都絲毫沒有考虑对公或对私的便利。男性孤兒的监护原只是为了庇护他們到解事的年齡，正像妇女的保佐，目的是在保护女性使不受其本身柔弱所造成的害处。父的死亡所以能使子免除家族束縛，其理由是为了子已有能力成为一个新的家族首領和一个新“家父权”的始創者；这类能力是妇女所沒有的，所以她就永远不能被解放。因此“男性孤兒监护”是一种手段，用以保持从屬於“父”家族的假象，到假定兒童能自成为父的时候为止。这就是把“家父权”延長到体力剛剛达到壮年时为止。因为严格的理論要求它應該作出这样的規定，直到青春期末了为止。但是，它既然并不要求把受监护的孤兒一直监护到智力成熟或适宜于处理事务的年齡，那就不能达到一般便利的目的；而这一層似乎是羅馬人在其社会进步的很早阶段就已經發覺的了。羅馬立法中最早的紀念碑之一是雷多利亞或柏雷多利亞法 (Lex Lætoria or Plætoria)，它就把所有成年的和有完全权利的自由男性放在一种新型监护人称为保佐人 (Curatores) 的暫時管束之下，取得保佐人的認可是一切行为或契約有效的必要条件。青年人年齡达到二十六岁，是这个制定法所規定的監督的限期；羅馬法中所用的“成年”或“未成年”这些名詞，是專对二十五岁的年齡而言的。在現代法律学中，未成年或受监护已經几乎一致地被用为專門保护在体力上和智力上未成熟的少年人。在达到解事年齡时，未成年或受监护便自然終止了。但羅馬人对于体力幼弱的保护和对于智力幼稚的保护，分成在理論上和在形式上完全不同的两种制度。有关这两种制度的观念，在近代的对监护的观念中已合而为一。

“人法”中还有另外一章，現在有加以引述的必要。在成熟的法律学的各种制度中用以規定奴隶主和奴隶关系的法律規定，并沒

有很明显的迹象可以表明这种原始状态是古代社会所共有的。但是这种例外是有理由的。在“奴隶制度”中似乎始终有一些使人类为之震惊或困惑的东西，不论人类是如何的不习惯于回忆，不论人类道德天性的教养是进步得如何微少。古代共产体几乎是下意识地都要体验到良心谴责，其结果往往会采用一些想象的原则为奴隶制度作辩护，或至少是作理性上的辩护的可能根据。在他们历史的初期，希腊人解释这个制度的根据是因为某种民族智力低劣，从而天然地适合于这种奴役状态。罗马人用了同样独特的精神，认为它是战胜者和战败者之间一种假定的合意，前者要求敌人永久为其服役；而后者以获得他在法律上已经丧失的生命来作为交换。这些理论不但不充分，并且也显然同它所要说明的实际情况不符。但这些理论在某些方面还有着巨大的影响。它们使“奴隶主”心安理得。它们永久保存了并且也许加深了“奴隶”的低下地位。它们自然有助于隐蔽奴隶同家族制度其他方面原来所有的关系。这种关系虽不明显，但在原始法律的许多部分中，特别是在典型的制度——即古罗马的制度中，还是不经意地被表现出来的。

在美国，曾花了很多力量从事于研究早期社会中“奴隶”是否被認為“家族”中一个成员的问题。有这样一种看法，认为答案必然是正面的。从古代法和许多原始历史所提供的证据中，很明显，“奴隶”在某种条件下，是可以成为“奴隶主”的“继承人”或“概括继承人”(Universal Successor)的，这样重要的权力，像我将在“继承”这一章中加以说明的，意味着“家族”的管理和代理在某种特殊情况下是可能遗传给奴仆的。但在美国的论点中似乎有着这样的一个假定，即如果我们承认“奴隶制”曾经是一个原始的“家族”制度，这个确认实在就是意味着承认现在“黑奴制度”在道德上是有可以辩护的根据的。然则所谓“奴隶”原来就包括在“家族”之内，究竟是什么意思呢？这并不是说奴隶的地位不可能是激动人们行动的

最卑鄙动机的产物。“奴隶制”的基础无疑是出于这种简单的愿望，就是利用他人的体力以为图谋自己舒适或安乐的一种手段，而这是象人类天性一样地古老的。当我们说“奴隶”在古时候就包括在“家族”之内，我们并不是企图说明那些把他带到“家族”里并把他留在那里的人们的动机；我们仅仅是在暗示，把他同奴隶主联结起来的约束，和把集团中每一个成员同族长结合在一起的约束，是属于同样的一般性质的。我们在前面已提到过，在人类原始观念中，除了家族关系之外，不可能理解在各个个人相互之间可以有任何关系，事实上，上述的后果就是来自这个一般的确言。“家族”首先包括因血缘关系而属于它的人们，其次包括因收养而接纳的人们；但是还有一种第三类的人，他们只是因为共同从属于族长而参加“家族”的，这些人就是“奴隶”。族长所出生的和收养的臣民被放在“奴隶”之上，因为按照事物正常的发展，他们迟早一定会从约束中被解放出来，行使他自己的权力；至于“奴隶”，他并不因为地位低微而被放在家族范围之外，也不因为他地位低微而使他降低到无生命的财产那样的地位，我以为，这是可以从遗留下来的许多迹象中明显地证明的，象在没有办法时古代奴隶可以有继承的能力，就是证明之一。但如果妄自推测，以为在社会的启蒙时期，因为在“父”的王国中曾经为他保留过一定的地位，所以“奴隶”的命运就可以大大改善，这当然是极端不妥当的。比较可能的情况是，家子在实际上已经被同化为“奴隶”，而不是“奴隶”分享着较晚的时代父对其子所表示的那种温情。但是对于那些比较进步的和成熟的法典，我们可以有信心地说，凡是准许有奴隶制度的场合，在那些保留着奴隶早期状态某种残余的制度下面的“奴隶”，一般要比采用使他社会地位降低的其他理论的制度下面的“奴隶”好一些。法律学对于奴隶所持的观念，对于奴隶始终有着巨大的关系。罗马法由于受到了“自然法”理论的影响，把他日益看作为一

件財產的趨勢得以停止發展，從而凡是深受羅馬法律學影響並允許有奴隸的地方，其奴隸的狀態從來不是悲慘得難堪的。我們有大量的證據，證明在美國凡是以高度羅馬化的路易斯安那州法典 (Code of Louisiana) 為其法律基礎的那些州中，黑種人的命運及其前途，在許多重大方面都比以英國普通法為其基礎的制度之下的要好得多，因為根據最近的解釋，在英國普通法上“奴隸”是沒有真正的地位的，因此也就只能被認為是一種物件。

到現在為止，我們已經研究過屬於本文範圍之內的有關古代“人法”的各個部分，而研究的結果，我相信，能使我們對於法律學初生時期所有的看法，有進一步的明確。各國的民法，在其最初出現時，是一個宗法主權的“地美士第”，我們現在並且可以看到這些“地美士第”也許只是更早期人類狀態中每一個獨立族長可能向他妻、子以及奴隸任意提出的不負責任的命令的一種發展形式。但是甚至在國家組織形成之後，法律的使用仍舊是極其有限的。這些法律不論是保持着像“地美士第”的這種原始形態，也不論是已經進步到“習慣或法典化條文”的狀態，它的拘束力只及到各“家族”而不是個人。用一個不完全貼切的對比，古代法律學可以譬作“國際法”，目的只是在填補作為社會原子的各個大集團之間的罅隙而已。在處於這種情況下的一個共產體中，議會的立法和法院的審判只能及到家族首長，至於家族中的每一個人，其行為的准則是他的家庭的法律，以“家父”為立法者。但民法的範圍在開始時雖然很小，不久即不斷地逐漸擴大。改變法律的媒介即擬制、衡平和立法，依次在原始制度中發生作用，而在每一個發展過程中必有大量的個人權利和大量的財產從家庭審判庭中移轉到公共法庭的管轄權之內。政府法規逐漸在私人事件中取得了同在国家事務中所有的同樣的效力，已不再被每一個家庭中奉為神聖的暴君的嚴命所廢棄了。通過羅馬法的紀年史，我們可以看到有關一個

古代制度逐漸被摧毀以及把各种材料再度結合起来而形成各种新制度的几乎全部的历史,这些新的制度,有的被保持原状一直傳到了現代世界,也有的由于在黑暗时期和蛮族相接触而被消灭或腐蝕,最后才又为人类所恢复。当这个法律学在查斯丁尼安时代經過了最后一次改編后,除了为活着的“家父”仍旧保有广泛权力的唯一条款以外,其中已很难找到古代制度的迹象。到处都以便利的、匀称的或單純的原則——总之,是新的原則——来代替能满足古代良心的空洞考虑的权威。到处都以一种新的道德来代替同古代慣例相一致的行为准則和順从理由,因为在事实上,这些准則和理由都是从古代慣例中产生的。

所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动發展的过程中,其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增長。“个人”不断地代替了“家族”,成为民事法律所考虑的單位。前进是以不同的速度完成的,有些社会在表面上是停止不前,但实际上并不是绝对停止不前,只要經過縝密研究这些社会所提供的各种現象,就可以看到其中的古代組織是在崩潰。但是不論前进的速度如何,变化是絕少受到反击或者倒退的,只有在吸收了完全从外国来的古代观念和習慣时,才偶尔發生显然停滯不前的現象。我們也不难看到:用以逐步代替源自“家族”各种权利义务上那种相互关系形式的,究竟是个人与个人之間的什么关系。用以代替的关系就是“契約”。在以前,“人”的一切关系都是被概括在“家族”关系中的,把这种社会状态作为历史上的一个起点,从这一个起点开始,我們似乎是在不断地向着一种新的社会秩序状态移动,在这种新的社会秩序中,所有这些关系都是因“个人”的自由合意而产生的。在西欧,向这种方向發展而获得的进步是显著的。奴隶的身分被消灭了——它已为主僕的契約关系所代替了。在“保佐下妇女”的身分,如果她的保佐人不是夫而是其他的人,也不再存

在了；从她成年以至結婚，凡是她所能形成的一切关系都是契約关系。“父权下之子”的身分也是如此，在所有現代欧洲社会的法律中它已經沒有真正的地位。如果有任何民事責任加于“家父”和成年之子，使他們共同受到它的約束，則这样的責任只可能通过契約而后才能具有法律效力。有一些显然的例外，而这种例外的性質适足以証明这个規定。在解事年龄以前的子裔，在监护下的孤兒，經宣告的瘋癲病人，都在“人法”上規定了他們在某些方面是有能力的，在某些方面是无能力的。究竟为什么要有这些規定呢？在各种不同制度的傳統用語中，所提出的理由虽然是各不相同的，但是在實質上，各种說法所具有的效果却是完全一致的。絕大部分法学家都一致承認这样一个原則，他們都認為上述各类人所以应受外来的支配，其唯一理由是在于他們本身不具有为其自己利益而作出决定的能力；換言之，他們缺乏用“契約”而达到定約的必要条件。

“身分”这个字可以有效地用来制造一个公式以表示进步的規律，不論其价值如何，但是据我看来，这个規律是可以足够地确定的。在“人法”中所提到的一切形式的“身分”都起源于古代屬於“家族”所有的权力和特权，并且在某种程度上，到現在仍旧帶有这种色彩。因此，如果我們依照最优秀著者的用法，把“身分”这个名詞用来仅仅表示这一些人格状态，并避免把这个名詞适用于作为合意的直接或間接結果的那种状态，則我們可以說，所有进步社会的运动，到此处为止，是一个“从身分到契約”的运动。

第六章 遺囑繼承的早期史

我們在英國研究“法律學”，如果想要表示出歷史的研究方法的優越性，超過其他流行在我們中間的任何方法，則“遺命”（Testaments）或“遺囑”（Wills）在“法律”的一切部門中，是一個最好的例子。它所以具有這種性能是由于它的內容多、時間長。它的歷史，在社會狀態很幼稚的時期就開始了，當時所有的各種概念，由于其形式古老，須要費些心力才能加以理解；而在其發展過程的另一個極端，即現在，我們又有這樣許多法律觀念，這些法律觀念成為現代語法和思想習慣所隱蔽的一些同樣的概念，因此也就遇到另外一種困難，就是難以相信那些作為我們日常知識的各種觀念，究竟是否真的需要加以分析研究。“遺囑法”的發展正在這兩個極端之間，是可以追溯得很清楚的。和多數其他部門的法律史不同，它在封建制度產生的時代很少受到阻礙。真的，就法律的所有部門而論，所謂它們曾由于古代史和近代史間的劃分而引起了中斷，或者換言之，曾由于羅馬帝國的解體而引起了中斷，這個說法實際上是大大地誇張了的。許多著者，只是由于懶惰，不願費一些力量在六百多年的混亂中從迷惑和模糊的里面尋求聯系的線索，至于其餘的研究者，雖然不是天然地缺乏耐性和勤奮，但由于他們對自己國內法律制度懷有無謂的自尊心，不願承認它曾受惠于羅馬法律學，他們就被引入了歧途。但這些不利的勢力，對“遺囑法”領域中發生的影響比較少。蠻族對於所謂“遺囑”的概念，顯然是生疏的。權威學者一致同意，他們在本土和以後在羅馬帝國邊境居留地上所實行的各種包括他們習慣的成文法典的有關部分中，完全沒有“遺囑”的痕跡。只有在他們和羅馬各省人民混合在一起

以后，他們才从帝国法律学中吸取了“遺囑”的概念，在开始时只是一部分，到后来才被全部采納。教会的影响对于这次迅速同化有很大关系。教会势力很早就繼承了有些邪教神庙所享有的那些保管和登記“遺命”的特权；甚至在这样早的时候，宗教基金中的現世所有物几乎完全来自私人遺贈。因此，最早的“省議會”（Provincial Councils）的命令对于否認“遺囑”神聖性的人都有革出教門的規定。在我們这里，在英国，一般都認為阻止“遺囑法”史中断的主要原因之一当然是由于教会的影响，这种中断有时被确信曾在其他部門的“法律学”史中發生过。有一类“遺囑”的管轄权过去曾被委託給“宗教法院”，这些法院虽然并不始終是明白地、但却的确适用着羅馬法律学的原則；并且，虽然“普通法院”或“衡平法院”都並沒有必須遵照“宗教法院”的任何义务，但它們对这在它們旁边适用的一套明确規定的制度，終不能逃避其有力影响。英国的人格遺囑繼承法就成了过去羅馬公民遺產处分所遵循的宗規的一种变形。

用历史方法来研究这个問題时我們所能得到的結論，和不依靠历史而單憑表面（*prima facie*）印象进行分析时所得到的結論，两者之間的極端不同是不难指出的。我認為，不論从一个“遺囑”的通俗概念出發，或是从它的法律概念出發，沒有人会不想象到：凡是“遺囑”必附有某种特性。例如，他可能会說，一个“遺囑”必須只有在死亡时才能發生效力——它是秘密的，它里面所規定的有利害关系的人們是必然地不應該知道的——它是可以取消的，即始終可以为一个新的遺囑行为所代替的。但是，我可以証明，在某一个时期，一个“遺囑”完全沒有这些特征。我們的“遺囑”直接来自“遺命”，而“遺命”在最初是一經执行立即有效的；是不秘密的；是不可取消的。事实上，在所有法律媒介中，沒有一种历史媒介的产物要比人們用書面意志来控制其死后的財產处分更为复

杂的了。“遺命”很迟緩地但是逐漸地把我在前面所說的各种特性聚集在其周圍；造成这种情况的原因是完全偶然的，并且也是在偶然的事物压力之下完成的，这些原因和事物压力除了曾影响过法律的历史以外，对于我們目前已經是没有什么利害关系的了。

在法律理論远比現在为多的一个时期中——誠然，这些理論的絕大部分是毫无价值的和十分不成熟的，但是这些理論却仍旧把法律学从我們并非是不知道的、比較恶劣的和比較拙劣的情况下挽救了出来，在当时的情况中，我們不能希望有象概括这一类的东西，而法律也被仅仅認為是一种經驗的产物——对于我們在直覺上能立即和显然地感到的一个“遺囑”所具有的某些特性，当时在进行解釋时所采取的流行說法是：这些特性是它天然就有的，或者，說得具体一些，是由“自然法”附着于它上面的。我以为，在一度認定所有这些特征的淵源都在历史的記憶中，可能就不会有人主張这样一个学理了；同时，这个学理所自来的理論，其遺迹尙殘存于我們所習用并且也許还不知如何加以舍棄的表現形式中。我可以用十七世紀法律文籍中一个共有的論点來說明这种情况。当时的法学家很普遍地認為“立遺囑”权力的本身是来自“自然法”的权力，是由“自然法”所賦与的一种权利。他們的学說虽然并不是所有的人都能立即看到其联系的，但實質上，这些学說确在后来为这些人所取法，他們主張：指定或控制死亡后財產处分的权利是財產所有权本身的一种必然的或自然的結果。每一个法律学者也一定还遇到过表現在一个相当不同的学派的語句中的这个同一的見解，这个見解在說明这一部門法律的原理时，認為遺命繼承 (Succession ex testamento) 是死亡者財產應該首先遵照的移轉方式，然后再进而說明法定繼承 (Succession ab intestato) 是立法者的偶然規定，以履行由于死亡的財產所有者因疏忽或不幸而未执行的一种职能。这些意見，实际上就是所謂遺囑处分是“自然

法”的一个制度这种比較扼要的学理，表現于詳尽的方式中而已。当近代思想非难“自然”和“自然法”时，究竟它所联想的范围如何，如果要武断地加以認定，当然是决不妥当的；但我以为，大多数主張“遺囑权”是来自“自然法”的人們，他們的意思，可能或者是認為这种权力在事实上普遍存在的，或者認為这种权力由于一种原始的本能和冲动的推动而为各国所一致承認。对于上述論点中的第一点，我認為，当它经过这样明显的说明后，是决不能認為滿意的，特别是在这样一个时期中，当我们可以看到拿破侖法典 (Code Napoléon) 对于“遺囑权”有着許多严格的限制，同时也可以看到以这个法兰西法典为范本的各种制度正在一天天地增加。对于第二种說法，我們也必須加以反对，因为这是違背了早期法律史中最最可靠的事实的，并且我敢于一般地断定，在所有自然生長的社会中，在早期的法律学中是不准許或是根本沒有考虑到过“遺囑权”的，只有在法律發展的后来阶段，才准許在多少限制之下使财产所有者的意志能胜过他血亲的請求。

所謂“遺囑”或“遺命”这个概念是不能單从它本身来考虑的。它是一系列概念中的一个概念，并且还不是第一个概念。就其本身而論，一个“遺囑”仅仅是遺囑人用以宣告其意思的工具。我以为，在討論这一个工具前，有几个問題必須首先加以研究——例如，从一个死亡者在死亡时所轉移的究竟是什么，究竟是哪一类的权利或利益？轉移給誰，用什么形式？以及为什么死亡者被允許在死后来支配其财产的处分？如果用術語来表示，則和一个“遺囑”观念有关的各种概念，它們的依附关系是應該这样表示的。一个“遺囑”或“遺命”是一种工具，繼承权的移轉即通过这个工具而加以規定。繼承权是概括繼承的一种形式。概括繼承是繼承一种概括的权利 (universitas juris)，或权利和义务的全体。把这个次序顛倒过来，我們就必須研究什么是概括的权利；什么是概括繼承；被

称为一个繼承权的概括繼承，它的形式究竟是怎样的。此外还有两个問題，虽然在某种程度上和我所要討論的各点是并不相关的，但为了澈底了解“遺囑”这个主题，却是必須加以解决的。这两个問題就是，为什么一个繼承权在任何情况下都要由遺囑人的意志来支配，以及用以控制繼承权的工具，它的性質究竟是什么？

第一个問題和概括的权利有关；即和一个全体的（或一羣的）权利和义务有关。所謂概括的权利是各种权利和义务的集合，由于在同一时候屬於同一个人这种唯一情况而結合起来的。它好比是某一个特定的个人的法律外衣。它并不是把“任何”权利和“任何”义务湊合在一起而形成的。它只能是屬於一个特定人的一切权利和一切义务所組成的。把这样許多財產权、通行权、遺贈权、特种清偿义务、債務、損害賠償責任——把这样一些法律权利和义务結合在一起而成为一个概括的权利的紐帶，是由于它們附着于某一个能够行使这些权利和义务的个人的这一种事实。沒有这一个事实，就沒有权利和义务的全体。概括的权利这个用語不是古典的，但法律学有这个观念，應該完全归功于羅馬法；同时这个用語也不是完全难于捉摸的。我們應該設法把我們每一个人对世界上其余人的全部法律关系，聚集在一个概念之下。不論这些法律关系的性質和构成是怎样，这些法律关系在集合起来后，就成为了一个概括的权利；只要我們仔細記着，在这个用語中不但應該包括权利并且也應該包括义务，則我們对于这个观念就很少有誤解的危險。我們的义务可能超过我們的权利。一个人可能欠得多而值得少，因此，如果他的总的法律关系用金錢价值来衡量，他可能是一个所謂破产者。但就以他为中心所包含的全部权利和义务而論，这依然是一个“概括的权利”。

其次我們要研究“概括繼承”。概括繼承就是繼承一种概括的权利。当一个人接受了另外一个人的法律外衣，在同一个时候一

方面承担其全部义务，另一方面享有其全部权利时，就發生概括繼承。为了使这个概括繼承真實和完全，轉移必須象法学家所說的那樣一次（*uno ictu*）实行。当然，可以想象，一个人可以在不同时期取得另外一个人的全部权利和义务，例如通过連續購買；他也可以用不同身份来取得这些权利和义务，部分由于是繼承人，部分由于是买受人，部分由于是受遺贈人。但是，虽然这样組合起来的一羣权利和义务在事实上确等于一个特定人的全部法律人格，但这种取得不能作为一个概括繼承。要有一个真正的概括繼承，轉讓必須是对全部权利和义务在同一时候一次进行，同时受領人也必須以同一法律身分来接受。一个概括繼承的觀念正如一个概括的权利的觀念，在法律学中是永久的，虽然在英国法律制度中，由于取得权利的身分是多种多样的，尤其是由于英国財產上“不动产”和“动产”两大部分之間的区分，这个觀念給模糊了。在破产的情况下，一个受讓人繼承破产者全部財產，是一种概括繼承，虽然受讓人只就遺產的限度清償債務，但这只是对原来觀念的一个修正形式。如果在我們中間有人承受一个人的全部財產以償付其全部債務作为条件，則这类移轉就和最古羅馬法中所謂概括繼承完全类似。当一个羅馬公民收养一个养子，就是說把原来不在“家父权”下的人收納为其养子，他就概括地繼承其养子的財產，也就是說他取得了养子全部財產和承担了其养子全部义务。在原始“羅馬法”中还發現有几种其他形式的概括繼承，但其中最重要和最持久的一种，是我們所最直接关心的“汉来狄塔斯”（*Hæreditas*）或“繼承权”。“繼承权”是在死亡时發生的一种概括繼承。概括繼承人是“汉来斯”（*Hæres*）或“繼承人”。他立即取得死亡者的全部权利和全部义务。他立刻取得了他的全部法律人格，并且不論他由于“遺囑”提名，或是根据“无遺囑”（*Intestacy*）而繼承，“汉来斯”的特殊性質保持不变，这是无須贅述的。“汉来斯”这个名詞可

以用于“无遺囑繼承人”，也可以用于“遺囑繼承人”，因为一个人成为“汉来斯”的方式和他所具有的法律性質本来是毫无关系的。死亡者的概括繼承人，不論是由于“遺囑”或由于“无遺囑”，統是他的“繼承人”。但是“繼承人”不一定是一个人。在法律上被視為一个單位的許多人，也可以作为“繼承权的共同繼承人”(Co-heirs)。

我現在引述羅馬人通常对于一个“繼承权”所下的定义，讀者就能够理解这些各別名詞的全部含意。“繼承权是对于一个死亡者全部法律地位的一种繼承”(Hæreditas est successio in universum jus quod defunctus habuit)。意思就是說，死亡者的肉体人格虽已死亡，但他的法律人格仍旧存在，毫无減損地傳給其“繼承人”或“共同繼承人”，(以法律而論)他的同一性在其“繼承人”或“共同繼承人”身上是延續下去的。在我国法律中，把“遺囑执行人”作为死亡者个人遺產範圍內的代表一条可以用来例証它所自来的理論，不过它虽然能例証，但却仍不能对这个理論加以說明。甚至后期羅馬法，尚認為在死亡者和其繼承人之間，必須有密切相當的地位，但英国的一個代表人就不具有这一種特点；同时在原始法律学中，一切东西都依賴着繼承的延續。除非在遺囑中規定着遺囑人的权利和义务應該立即移轉給“繼承人”或“共同繼承人”，遺命就喪失其效力。

在近代遺囑法律学中，象在后期羅馬法中一样，最重要的目的是在执行遺囑人的意志。象古羅馬法律中，相应关心的主題是“概括繼承”的授与。在这些規定中，有一些在我們看来是一种来自常識的原則，但另外一些則看上去很象是一个无謂的幻想。不过如果没有其中第二类的規定，則第一类的規定便将无从产生，这是任何这一类的命題所必然如此的。

为了解决这显然的矛盾，并使我想說明的一系列觀念更为清楚起見，我必須借用前一章开始部分中所作研究的結果。我們

在社会的幼年时代中，發現有这样一个永远显著的特点。人們不是被視為一个个人而是始終被視為一个特定团体的成員。每一个人首先是一个公民，然后，既是一个公民，他必是階級中的一个成員——屬於一个貴族階級的成員或是屬於一个平民階級的成員；或是，在有一些社会中，由于时运不佳而在其發展的过程中遭受到了特殊的逆轉，他就成了一个族籍的成員。其次，他是一个氏族、大氏族或部族的成員；最后，他是一个家族的成員。这最后的一类是他所处身的最狹小的最个人的关系；这看上去好象是矛盾的，但他絕不把他自己看成为一个各別的个人。他的个性为其家族所吞沒了。我重复一遍前面已經說过的对于一个原始社会的定义。作为社会的單位的，不是个人，而是由真实的或拟制的血族关系結合起来的許多人的集团。

我們第一次發現有关概括繼承的迹象，正是一个未开化社会的特点之一。原始时代的共和国和一个近代国家的組織不同，在原始时代的共和国中，包括了許多小的專制政府，每一个政府相互之間各不相关，每一个政府都处于一个唯一的君主特权的絕對統治之下。但是，虽然“族長”〔我們在这时候还不应称他为“家父”（Pater-familias）〕有这样广泛的权利，但我們决不能就認為他負擔着同样广大的义务。如果他管理一家，这是为了家族的利益。如果他是所有物的主人，他是作为兒女和亲族的受託人而持有的。除去由于他統治着小国家的关系而賦与他的权力和地位以外，他沒有任何其他特权或特殊地位。一个“家族”在事实上是一个“法人”，而他就是它的代表，或者我們甚至几乎可以称他为是它的“公務員”。他享有权利，負擔义务，但这些权利和义务在同胞的期待中和在法律的眼光中，既作为他自己的权利和义务，也作为集体組織的权利和义务。我們不妨在这里研究一下，当这样一个代表在死亡时所可能产生的結果。在法律的眼光中，根据民事高級官吏

的看法，族長的死亡是一个全然无关紧要的事件。因为結果只是代表家族集体組織和对于市政审判权負有主要責任的人，换一个名字而已。所有原来依附于死亡的族長的种种权利和义务，将毫无間断地依附于其繼承人；因为，在事实上，这些权利和义务是家族的权利和义务，而家族則分明具有一个法人的特性——它是永生不灭的。債权人对新的族長象对旧的族長一样，可以要求同样的补偿，因为这种責任既然是仍旧存在的家族的责任，自將絕對不变。在族長死亡后，家族所有的一切权利將和他死亡前所有的完全相同，除了这法人——如果对这样早的时代真能够恰当地运用这样精确而專門的用語——必須用一个略微有变动的名字来依法要求以外。

如果我们要了解社会是怎样逐漸地和緩慢地分解而成为它現在所由构成的合成原子的——是經过了怎样的不知不觉的程序才以人和人的关系来代替个人和家族以及家族和家族相互之間的关系的，那我們就得探究法律学历史的全部过程。現在所应注意之点是，縱使革命已經显然完成，縱使高級官吏已經在很大程度上代替了“家父”的地位，民事法庭已代替了家族法庭，但是，司法当局所管理的全部权利和义务仍旧受到已經廢棄的特权的影响，并在每一个部分中都帶有这些特权的色彩。因此，毫無疑問，被羅馬法律用全力坚持作为遺囑或无遺囑繼承首要条件的“概括的权利”的移轉，是一个比較古老的社会的一个特点，这特点是人們的思想无法把它和新社会分离开来的，虽然它和較新的局面之間是並沒有真正的或适当的联系的。一个人在法律上的生存得在其繼承人或許多共同繼承人身上延長，这在實質上似乎就等于把家族的一个特征通过拟制而移轉給个人。法人中的繼承必然是概括的，而家族是一个法人。法人永生不灭。个别成員的死亡对于集体的总的生存毫無关系，并且也决不会影响到集体的法律附带、其能力或

其責任。这样，在羅馬人所謂概括繼承的这个观念中一个法人所有的这一切性質，似乎都被移轉給个人公民了。他肉体的死亡可以絲毫不影响他所占有的法律地位，其所根据的原則显然是：他的地位應該尽可能和一个家族的地位相类似，而一个家族既有着法人的性質，是不会發生肉体死亡的。

我注意到在大陆法学家中，对于混杂于概括繼承中的各种概念之間的联系，在理解其性質时，絕少不感到很大的困难的，同时在法律学中，一般講起来恐怕也沒有一个主題像他們就这个主題上所作的純理論那样缺少价值。但英国法学者就我們現在正在研究的觀念所作的分析，應該不会有錯誤的危險。在我們自己的制度中有一种为所有法律家都熟悉的拟制，能用来很好地說明它。英国法学家把法人分为“集合法人” (Corporation aggregate) 和“單一法人” (Corporation sole)。一个“集合法人”是一个真正的法人，但一个“單一法人”則是一个个人，是一系列的个人中的一个成員，通过拟制而賦与一个“法人”的性質的。例如，国王或一个教区中的教区长就是“單一法人”的例子。在这里，当考虑到他的权能或职位时，是和随时可以据有这种权能或这个职位的各別的人不相牵涉的，同时，由于这种权能是永久的，因此据有这种权能的一系列的个人便也带着“法人”所有的主要屬性——即“永久性”。在羅馬法的較古理論中，个人之与家族，正和英国法律学的原理中一个“單一法人”之与“集合法人”的关系，完全相同。这两种观念的由来和联系是完全相同的。事实上，如果我們認為就羅馬遺囑法律学而論，每一个个人公民就是一个“單一法人”，則我們將不但能充分理解一个繼承权的全部概念，并且将能完全掌握这概念所自来的假定的綫索。我們有这样一个格言，国王是一个“單一法人”，他永生不灭。他的权能应立即为其繼承人所填补，而統治权的延續也就視為未經中断。对于羅馬人，把死亡的事实从权利和义务的

移轉中排除掉，似乎也是同樣簡單和自然的过程。遺囑人在其繼承人或在許多共同繼承人中繼續生存下去。在法律上，他和他們是同一个人，如果有任何人在其遺囑處分中違背了把他的实际生存和他的死后生存結合起來的原則，縱使这种違背仅仅是出于推定的，法律也就將認為这个遺囑有瑕疵而予以排斥，并把繼承權給与其血亲族，至血亲族所以能具有符合繼承人条件的权能，是由法律本身的規定，而不是由可能会有錯誤的任何証件所賦与的。

当一个羅馬人在死亡時沒有遺囑或沒有有效的“遺囑”，他的卑親屬或親族就將根据下述親等而成為其繼承人。繼承的人或許多人不僅僅代表著死亡者，根据剛才所談到的理論，他們並且繼續著他的民事生活、他的法律生存。當繼承的順序是由“遺囑”決定時，也可以得到同樣的結果，但是死亡者和其繼承人之間有同一性的原理，當然比任何形式的“遺命”或任何種遺囑法律學要古老得多。這裡，應該恰當地提出一個問題，這個問題將因我們對這主題探究得愈深入而對我們發生愈大壓迫力——如果不是由於和概括繼承有關聯的這些顯著觀念，那末遺囑是否就根本不會出現了呢？遺囑法所適用的原則是可以用多種多樣的似是而非的哲學假設來說明的；這個原則和現代社會的每一個部分交織著，並且可以用廣泛的一般便宜來作為辯護它的根據的。但是在這裡，必須再一次地重複我們的警告，即如果以為，目前我們為維護一個現存制度而持有的那些理由，必然地和這個制度產生時所有的情緒有其共同之處，這是不對的，這種印象是法律學上各種問題發生錯誤的最大根源。可以斷言，在古羅馬“繼承法”中，遺囑或遺命這個觀念是和一個人死后生存於其繼承人人格中的理論，不能分解地糾纏在一起的，我甚至可以說，是混和在一起的。

概括繼承這個概念雖然在法律學中已經根深蒂固，却並不是為每一種法律的編制者自發地想到的。在可以發現有這種概念的

地方，都显示出它是来自羅馬法；跟着它一直傳下来的有許多以“遺命”和“遺贈”为主題的法律規定，这些規定为現代实务者所应用，竟完全沒有覺察到它們和其原来理論的关系。但是，在純粹羅馬法律学中，一个人在其繼承人身上繼續生存的原則——如果我們可以这样說，根本消灭死亡的事实——是遺囑繼承和无遺囑繼承全部法律所环绕的中心，这是非常明显而不致發生誤解的。羅馬法强迫服从这个有势力的理論，其坚决严厉的程度就足以說明，这个理論是由羅馬原始社会組織中生長出来的；在这个推定之外，我們并且还有更好的証据。在羅馬最古的“遺囑”制度中恰巧有某些术语偶然地被保存到現在。在該雅士的著作中，我們看到概括繼承所借以創設的授受公式。我們看到古代的名称，通过了这个名称，一个后来被称为“繼承人”的人被預先給指定了。在“十二銅表法”中我們并且还有明白承認“遺命”权的著名条款，而規定“无遺囑繼承”的条款也被保存着。所有这一切古代的名言中，都有一个显著的特点。它們一致表示，从“遺囑人”轉移給“繼承人”的是家族，也就是包括在“家父权”中和由“家父权”而产生的各种权利和义务的集合体。在所有的三个例子中都完全沒有提到物質財產；在其余两个例子中，物質財產被明白地称为“家族”的附屬物或附屬品。因此，原始的“遺囑”或“遺命”是一个手段，或者（因为在开始时可能不是成文的）是一种程序，而家族的移轉就是根据了这个規定而进行的。这是宣告誰有权来繼承“遺囑人”为族長的一种方式。當我們对于“遺囑”的原来目的作出这样的理解，我們也就立即可以看到为什么“遺囑”会同古代宗教和法律最古怪遺物之一的家祭（sacra）联系在一起。这些家祭是一种羅馬形式的制度，凡是沒有完全解脫原始形态的社会都有这种制度。家祭是用以紀念家族同胞之誼的祭祀和礼仪，是家族永存的誓約和見証。不論家祭的性質如何——所謂在一切情形中家祭都是对某些荒誕无稽的祖先

的崇拜，不論這話是否真實——它們在各處都被用來誓証家族關係的神聖性；因此每當家族族長本人發生變化危及“家族”的延續生存時，家祭就顯得特別重要。因此，在家族統治者死亡時，人們更常提到家祭。在印度人中，繼承一個死亡者財產的權利，是和履行其葬儀的責任相輔而行的。如果葬儀沒有被按禮履行或者不是由適當的人來履行，則在死亡者和在生存者之間不能認為已經建立了任何關係；“繼承法”就不能適用，沒有人能繼承遺產。在一個印度人的一生中，似乎每一樁大事都和這些祭儀有關。如果印度人結婚了，是為了要有子女，在他死亡後祭祀他；如果他沒有子女，他就有最大的責任從其他家族中收養一個子女，“其目的是在”，根據印度博士的說法，“獲得葬餅、水和莊嚴的祭禮”。西塞羅時代羅馬家祭所保存的範圍，也并不小於印度。它包括了“繼承權”和“收養”。如果對養子原來的家族不舉行適當的家祭，則不能進行“收養”；如果祭儀的費用不在各個共同繼承人中嚴格地平均分攤，則不准根據“遺命”來分配一個“繼承權”。我們最後一次看到這家祭的時代的羅馬法，和現存印度制度之間所存在的差別，是非常有益的。在印度人中間，法律中的宗教成分獲得了完全的優勢。“家族”祭祀成了一切“人法”和大部分“物法”的基石。祭祀甚至經過異常的擴大，因為，在一種常常伴隨著祭祀的觀念的印象影響之下，認為人類血液是一切祭品中最可珍貴的祭品，印度人就在原始的家祭上作了一些補充，認為寡婦在丈夫的葬儀中應該以身殉葬，這個實踐為印度人繼續實行到有史時期，並且在幾個印度-歐羅巴人種中亦都見諸於傳說。在羅馬人方面則恰恰與此相反，法律責任和宗教義務已不再攙雜在一起。舉行莊嚴家祭的必要性已不再成為民事法律理論的一部分，它們改屬“教長會”（College of Pontiffs）的各別管轄之下。在西塞羅給阿提格斯（Atticus）的許多信中充滿了有關家祭的提示，使我們深信不疑家祭已在“繼承

权”上构成了一种难以容忍的重担；但到这个时候，在發展上已經超过了法律从宗教分离出来的时期，而我們所期待着的是家祭从后期法律学中全部消失不見。

在印度法律中，沒有一个所謂真正的“遺囑”的东西。“遺囑”所处的地位为“收养”所占据着。在这里我們可以看到“遺囑权力”和“收养能力”的关系，以及为什么这两者之一的行使都可能引起要履行家祭的一种特殊渴望。“遺囑”和“收养”都威胁着要歪曲“家族”承襲的正常进程，但当亲族之中沒有人能繼承的时候，它們显然都是避免承襲的完全中断的手段。在这两者之中，用人为的方法来創設血亲关系的“收养”是在大部分古代社会中自發地产生的一种手段。印度人无疑地在古代的实践上前进了一步，即准許寡妇收納养子，如果丈夫忽略了这样做；只在孟加拉的地方習慣中，隱約有一些“遺囑权力”的痕迹。但是首創这个对人类社会的轉化具有巨大影响（仅次于“契約”）的“遺囑”制度这一項功劳，主要應該歸属于羅馬人。我們必須注意，切不可把在晚近时代它所具有的职能，認為在其最早形态中就已經具备的了。在开始时，它并不是分配死亡者財產的一种方式，而是把家族代表权移轉給一个新族長的許多方法中的一种。无疑地財產已傳給其“繼承人”，但这些是因为公有財產处分权是随着家族統治权的移轉而移轉的。我們还没有到达“遺囑”史上的这一个阶段，即“遺囑”已成为变更社会的有力工具，即一方面它們刺激着財產的流轉，另一方面它們在財產所有权中产生了可塑性。甚至最后期的羅馬法學家，似乎也沒有在实际上把这些后果和“遺囑权力”联系起来。在羅馬社会中，从沒有把“遺囑”視為分离“財產”和“家族”的一种手段，或作为創設許多各式各样利益的一种手段，而是作为使一个家族的成員都能得到比在“无遺囑”繼承規定下所能获得的更好的供应的一种方法。我們可能要發生这样一个疑問，即当时一个羅馬人对于立遺

囑的實踐所有的想法和我們今天所熟悉的想法究竟是不是極端地不同的。把“收養”和“立遺囑”作為延續“家族”的方式的習慣，是必然地和羅馬人對於主權繼承的看法特別含糊有關聯。我們不能不看到，早期羅馬各個皇帝的依次繼承在當時是被認為合理地正常的，並且儘管當時發生了這一切事情，但象狄奧多西（Theodosius）或查斯丁尼安這類諸侯的自封為凱撒和奧古斯多，也並沒有被認為是妄誕無稽的。

當原始社會的各種現象揭露以後，十七世紀法學家認為可疑的一個命題，即“無遺囑繼承”比“遺囑繼承”是更為古老的一個制度，已成為無可爭辯的了。在這個問題解決以後，又發生了另外一個更有趣的問題，即一個遺囑的指示究竟是怎樣和在什麼條件下最初被允許用來規定家族權的移轉，以及後來又規定財產的死后分配。這個問題的所以難於決定，是因為在古代共產體中“遺囑權力”是罕見的。除了羅馬人之外，其他原始社會究竟是否知道有真正立遺囑權力的，還是有疑問的。它的萌芽形式雖然到處可見，但其中絕大部分都不能逃避淵源來自羅馬的嫌疑。雅典的遺囑無疑是土著的，但我們不久就可以看到，它只是未成熟的遺命。至於那些征服羅馬帝國的各個蠻族所傳給我們的一些法典中用法律規定的“遺囑”，這些“遺囑”幾乎都肯定是羅馬的。近來最有鑑別力的德國批評都注意到這些蠻族法律（*Leges Barbarorum*）上來，調查的主要目的，是要在這些制度中把原來本族習慣所組成的部分從借用羅馬法律的外來要素中分離出來。在進行這項工作的過程中，經常發現一個結果，即在古代法典的核心中並沒有“遺囑”的痕跡。凡含有“遺囑”的法律，都是來自羅馬法律學的。同樣地，（據我被告知）希伯來語的猶太法所規定的萌芽“遺命”，也應該歸因於和羅馬人接觸。唯一不屬於羅馬或希臘社會的遺命形式可以被合理地假定為土著的，是為孟加拉省的慣例所承認的一種；而孟

加拉的遺命只是一种萌芽的“遺囑”。

从上述証据似乎應該得出这样一个結論，即“遺命”在最初只是在沒有人能根据真正的或人为的血族权利而享有繼承时方才有效。因此，当梭倫法第一次以“遺命”权賦与雅典公民时，他們曾禁止剝夺直系男性卑亲屬的繼承权。同样地，孟加拉的“遺囑”只有在和家族某种优先权相一致时才被准許适用于某种繼承。又，犹太人的原来制度虽沒有規定“立遺囑”的特权，但后来自称为以遺漏之件（*casus omissi*）补充“摩西法”（*Mosaic Law*）的希伯来語法律学，准許在根据摩西制度規定有繼承权的亲族全部不能繼承或全部不能發現时，才能行使“立遺囑”权。古日耳曼法典借以保衛与之相結合的遺囑法律学的一些限制也是很有意义的，并且也指向了同一的方向。根据我們所知道的这些日耳曼法律，其絕大部分都有这样一个特点，即在每家所有的自主地（*allod*）或領地外，法律还承認几种附屬的財產，每一种附屬財產就都表示着羅馬的原則曾各別地被注入到原始条頓慣例中。原始的日耳曼的自主的財產是被严格地保留給其亲族的。它不但不能用遺命来处分，并且也不能在生前（*inter vivos*）用讓与的方式来移轉。古日耳曼法和印度法律学相同，規定男性的子嗣与其父亲是財產共有人，家族贈与非得全部成員同意，不能执行。但其他各种財產，比自主物發生得較迟并且也比較不甚貴重的，就比較容易移轉，并且移轉时也按照远为寬弛的規定办理。妇女和女性的后嗣也可以繼承这种財產，显然是根据这样一个原則，即它們是不包括在宗亲的神聖界限之內的。从羅馬借用的“遺命”，最初被准許适用于、实在也仅适用于这些最后提到的財產。

以上的說明，可用以使我們对古代羅馬“遺囑史”中一种确定的事实所作的最可能的解釋更为可信。我們根据丰富的証据，認為在羅馬国家的原始时代，“遺命”是在“特別民会”（*Comitia Ca-*

lata) 也即是在“貴族民会”(Comitia Curiata) 或“羅馬貴族市民議會”(Parliament of the Patrician Burghers of Rome) 为“私事”而集会时加以执行的。这种执行的方式,成为民法学家世代相傳的一种說法的来源,他們認為在羅馬史的有一个时代中每一个“遺囑”都是一个庄严的立法行为。但我們实在沒有必要去仰仗一个曾对古代議会的程序作了非常不精确的說明的解釋。有关在“特別民会”中执行“遺囑”的故事,其适当的解答无疑地应求諸最古的羅馬无遺囑繼承法。原始羅馬法律学中規定親屬相互之間繼承权的准則,在它們還沒有受到“裁判官”的“告令法律”所变更前,是这样的:——第一,由正統(sui)或沒有被解放的直系卑親屬繼承。在沒有正統时,由“最近的宗亲”来代替他,即由过去在或曾經在死亡者同一“家父权”下的最亲近的人或最亲近的亲等来代替。再次是三等和最后等亲,其中繼承权傳給同族人,即死亡者氏族或大氏族中的集体成員。我在前面已經解釋过,“大氏族”是家族的一种拟制的扩大,凡是具有同一姓氏以及因为有同一姓氏而被假定为来自共同始祖的一切羅馬“貴族”公民都包括在內。称为“貴族民会”的“貴族議會”是完全由“氏族”或“大氏族”的代表組成的一个“立法机关”。这是羅馬人民的一个代表會議,根据了国家的組成單位是“氏族”的假定而組織的。正由于这样不可避免的推理,“民会”的受理“遺囑”是与“同族人”的权利有关的,并且其目的是在保証“同族人”能行使他們的最后繼承权。如果我們假定,只有在遺囑人沒有可以發現的同族人或在同族人放棄权利时才可以立“遺命”,并假定每一个“遺命”应提交給“羅馬氏族大会”(General Assembly of the Roman Gentes) 以便使那些因遺囑处分而受到損害的人得在必要时可以提出否決,在大会中通过后即可推定他們已放棄其繼承权,如果我們这样假定,則全部显然的变例就可以为之扫除了。在“十二銅表法”公布的前夕,这种否決权可能已

經大大地縮小了，或是仅仅偶然地和不經常地行使着。虽然，要說明把这管轄权託付給“特別民会”的意义和淵源是容易的，但要追溯其逐漸發展或逐漸衰亡的过程却没有这样容易。

但是，所有現代“遺命”所自来的“遺命”，并不是在“特別民会”中执行的“遺命”，而是另外一种与之相竞争并且終于用来代替它的“遺命”。这种早期羅馬“遺命”在历史上有其重要性，并且通过了它可以解釋清楚許多古代的思想，因此我認为必須比較詳細地加以闡明。

当“遺囑权”在法律史上第一次出現时，像几乎所有偉大的各种羅馬制度一样，有迹象証明它成了“貴族”和“平民”間爭論的題目。当时有一条政治格言，即“一个平民不能成为一个大氏族的成員”（*Plebs Gentem non habet*），其結果是把“平民”完全排斥在“貴族民会”之外。因此，有些評論家就認为一个“平民”的“遺囑”是不可能“在貴族議會”中宣讀的，因此一个“平民”也就完全沒有“遺囑”之权。其他評論家仅仅指出，在“遺囑人”沒有代表的一个不友好的議會中，要把一个拟議的“遺囑”提交它受理是有困难的。不論真正的看法應該如何，一种“遺命”被应用了，它具有意圖避免某种可厭惡义务的一切特点。这种“遺囑”是一种在生前的讓与，把“遺囑人”的家族和財產完全地和不可挽回地移轉給他心意中的繼承人。这种移轉一定是始終为严格的羅馬法規定所准許的，但是，当这种行为的目的是要在死后發生效力时，就可能發生糾紛，因为在沒有取得“貴族議會”的正式認可前，它是否能成为有效的“遺囑”，是一个問題。当时在羅馬人民的两个階級之間如果在这一点上存在着分歧意見，那末后来通过偉大的大宪官和解时代它就連同許多其他不平的泉源給一併消灭了。“十二銅表法”原文还保存着，它說法律規定，家父得使用他資產的监护权（*Pater familias uti de pecuniâ tutelâve rei suæ legâssit, ita jus esto*）

——这一条法律除了使“平民遺囑”合法化外，不可能有任何其他的目的。

學者們都知道，在“貴族議會”停止作为羅馬国家的立法机关又經過了几世紀后，它仍旧为了私事而繼續召开正式集会。因此，在“十二銅表法”公布后的一个長时期內，我們有理由相信“特別民会”仍旧为了使“遺命”生效而集会。把它称为一个“登記法院”(Court of Registration)，可以最恰当地表示出它可能的职能，但是提出的“遺囑”应被理解为并不真正地登入簿据，只是向其成員宣讀，他們应能注意其要旨并牢記于心中。很可能这一种“遺命”从来没有写成書面，但無論如何，縱使“遺囑”原来是書面的，“民会”的職責也只限于听取高声朗誦，在这以后文件由“遺囑人”加以保管，或寄存于某些宗教团体妥为保管。这种公告也許是在“特別民会”中执行的“遺命”的附带条件之一，这就使它不为一般人所欢迎。在帝国的初期，“民会”仍旧召集會議，但这些會議似已徒具形式，很少或甚至沒有“遺囑”会在定期會議中被提出来。

对現代世界文明有深远影响的，是古代的“平民遺囑”——这是上述“遺命”的代替物。它在羅馬获得了由于要把“遺命”提交“特別民会”而丧失的一切声望。它所以有其一切优点，关键在于它是来自曼企帕因 (mancipium) 或即古羅馬的讓与，我們毫不躊躇地認為这种手續程序是現代社会如果沒有了它們就很难团結在一起的两个偉大制度即“契約”和“遺囑”的母体。曼企帕因或后来在拉丁文中所謂“曼企帕地荷”，把我們帶回到民事社会的萌芽时代去。由于它的产生远在書写艺术發明之前、至少是在書写艺术广为流行之前，所以手势、象征的行为和庄严的成語便被用来代替了文件的形式，冗長的和繁复的仪式是为了要使有关各造都能注意到交易的重要性，并使証人們可以因此而获得深刻的印象。口头証言不及書面証言完备，因此必須增加的証人和助手的人数，远

超过后来被認為合理或可以理解的范围。

羅馬的“曼企帕地荷”首先要求當事人、也就是出賣人和買受人到場，如果我們用現代法律術語，應該是讓與人和受讓人到場。此外，還應該至少有五個証人；以及一個例外人物，即“司秤”(Libripens)，他帶着一對天平秤用以权衡古羅馬未鑄成錢幣的銅錢。我們現在所研究的“遺命”——即銅衡式 (per aet libram) “遺囑”，這是在術語上這樣被長期繼續稱呼的——就是一個普通“曼企帕地荷”，在形式上甚至在用語上都是毫未變動過的。“遺囑人”是讓與人；五個証人和司秤都到場了；受讓人的地位由一個在術語上被稱為家產買主 (familiae emptor) 的所占有。於是就按照一個普通“曼企帕地荷”的儀式進行。經過某種正式的手勢和言語的宣述。家產買主用一塊錢敲击天平以表示價金的支付，最後，“遺囑人”即用所謂“交易宣告”(Nuncupatio) 的一套話語來批准剛才所做的，這一套成語在遺囑法律學中已有了長久的歷史，已為法學家所熟知。對於稱為家產買主的人的性質，必須特別加以注意。毫無疑問，在起初他是“繼承人”本身。“遺囑人”當場把他全部“家產”(familia)，也就是他在家族上以及通過家族所享有的一切權利移轉給他，包括他的財產、他的奴隸以及他的一切祖傳特權，連同他的一切義務和責任。

根據上面所說的資料，我們可以發現原始形式的所謂“曼企帕地荷”式“遺命”和現代的遺囑之間是有幾個顯著的不同之點的。因為“曼企帕地荷”式“遺命”既然相當於“遺囑人”財產的完全的讓與，它是不能撤銷的。因為一個權力在既已消滅之後，是不能重新行使的了。

再則，它不是秘密的。既然“家產買主”本身就是“繼承人”，他就完全知道他的權利是什麼，並且也知道他是不可改變地享有繼承權的，即使在秩序最好的古代社會中也常難免會發生暴亂，因此

這樣的知識便成為極端危險的了。但這種“遺命”和“讓與”關係所發生的最可驚的後果，也許是在把繼承權立刻歸屬於“繼承人”。多數民法學家都不相信這一點，他們認為“遺囑人”財產的歸屬是以“遺囑人”死亡為條件的，或要在一個不可確定的時候，即讓與人死亡的時候才能讓與給他。但是一直到羅馬法律學的最後時期，有一類的交易是絕對不允許用一個條件來直接變更它，或用一定時限來限制它，或用一定時限來起算的。用術語來講，就是不允許附有條件(*conditio*) 或日期(*dies*)的。“曼企帕地荷”是其中的一種，因此，雖然看起來很奇怪，但我們還是不得不得出這樣一個結論，即原始羅馬“遺囑”是立即生效的，即使“遺囑人”在其“立遺囑”行為後仍舊生存，也是如此。很可能，羅馬公民原來只在臨死的時候訂立“遺囑”，而一個少壯的人為了“家族”延續而預作準備時就往往寧可採取“收養”而不採取“遺囑”的形式。我們仍舊應該相信，如果“遺囑人”竟然恢復健康，他只能在其“繼承人”的容許之下繼續管理其家族。

這些不方便處如何補救，以及為什麼“遺命”會具有現在普遍地認為和它有關聯的各種特點，我在進行解釋之前，首先應該說明二三個問題。“遺命”並非必須是書面的：在起初，“遺命”似乎一成不變地是口頭的，並且，即使在較後時期，宣布遺贈的證書也只是偶然地和“遺囑”聯繫在一起而並不是它的主要組成部分。它對“遺囑”的關係，事實上正和舊英國法律中允許使用的證書對罰金和回復的關係，或“封土授與狀”對封土授與的關係相同。在“十二銅表法”之前，書面絕少用處，因為“遺囑人”無權以其遺產遺贈給任何人，能從一個遺囑中獲得利益的唯一的人們是“繼承人”或“共同繼承人”。但“十二銅表法”中條文的極端一般性不久產生了這樣一條教義，即不論“遺囑人”對他加上任何指示，“繼承人”必須接受繼承權，換言之，必須接受作出遺贈限制的繼承權。書面的遺

囑証件于是取得了一种新的价值，即可以用来作为防止繼承人詐欺地拒絕滿足受遺贈人的一种保証；但到最后，“遺囑人”还是可以任意决定專靠証人的証言，并用口头宣告家产买主必須支付的各个遺贈。

所謂家产买主这个名詞，須要注意。“买主”表示“遺囑”可以說是一种买卖，而“家产”这个詞，和“十二銅表法”遺囑条款中的用語相比較时，可以使我們获得有啓發性的結論。“家产”在古典拉丁文中，意思始終是指一个人的奴隶。但在这里，以及一般地在古羅馬法的用語中，它包括了在他“家父权”之下的一切人，至于“遺囑人”的物質財產或資產，則視為家族的附屬物而移轉。試再回顧一下“十二銅表法”，可以看到它談到了“他資產的監護权”（*tutela rei suæ*），这一种說法正和剛才所研究的成語意义相反。因此我們就无法避免这样一个結論，即甚至在比較近的大宪官和解时代，表示“家庭”和“財產”的两个名詞在日常用語中是混淆不清的。如果把一个人的“家庭”認為是他的財產，我們就不妨把这个用語解釋为指“家父权”的範圍，但是，由于这两个名詞是可以相互交換的，我們必須承認，這樣的說法把我們帶回到了原始时代，当时財產是由家族所有，而家族則為公民所管理，因此社会的成員并不有其財產和其家族，而是通过其家族而有其財產的。

在一个不容易明确决定的时期，羅馬“裁判官”在处理“遺命”时，習慣于按照法律的精神而不是法律的文字来举行仪式。不定期处分在不知不觉中成为成規定例，直到最后，一种全新形式的“遺囑”成熟了，并且和“告令法律学”正規地啣接在一起。新的或是裁判官的“遺命”从大官法（*Jus Honorarium*）或羅馬的衡平法取得其全部的穩固性。某年的“裁判官”一定曾在其就任的“布告”中列入了一个条款，說明他决意支持通过某种仪式而执行的一切“遺命”；这种改革在被發現为有利的以后，其有关条款便被

“裁判官”的繼承者重新引用，并再为其后任重复采用，直到最后由于这样地被繼續編入而被称为“常續”或“永續告令”（Continuous Edict）这一部分法律学的一个公認部分。研究一下一个有效“裁判官遺囑”的条件，显然可以看到这些条件决定于“曼企帕地荷遺命”的要求，革新的“裁判官”显然只在旧有的手續能保證真實或防止詐欺时才加以保留。当“曼企帕地荷遺命”执行时，在“遺囑人”的旁边有七个人到場。因此“裁判官遺囑”必須有七个証人：其中两个相当于司秤和家产买主，他們不是作为象征的性質，他們到場的唯一目的是为了提供証言。这时不再举行象征的仪式；只是把“遺囑”誦讀一遍；但是为了要永保“遺囑人”处分的証据起見，很可能（虽然不能絕對地肯定）必須有一書面的証件。無論如何，每当一个書面提出誦讀或被提供为一个人的最后“遺囑”时，我們确切地知道，除非七个証人中的每一个人分別在外面加盖其印章，“裁判官法院”是不会用特別干涉来支持它的。这是在法律学史上第一次看到盖印，作为立証的方式。必須注意，羅馬“遺囑”以及其他重要文件上的印章并非仅仅作为簽證者到場或同意的標誌，而是的确的一种封签，在可以閱讀文件前必須加以啓开的。

因此“告令法律”所强行的一个“遺囑人”的处分，只要經過七个証人的封签証明，不一定要經過“曼企帕地荷”的形式。但我們可以作出这样一个一般性的命題，即羅馬財產的主要性質，除非通过假定为和“市民法”同源的各种程序以外，是不能傳授的。因此，“裁判官”不能把一个繼承权授与任何人。他不能把“繼承人”或“共同繼承人”放在“遺囑人”本身和他自己的权利义务所有的同样关系中。他所能做到的，是使被称为“繼承人”的人对遺贈財產有实际的享有权，并对“遺囑人”的債務有清偿的力量。当“裁判官”为这些目的而行使其权力时，在術語上他被称为傳授遺產占有（Bonorum Possessio）。这种情况下的“繼承人”或遺產占有者，能享有

“市民法”上“繼承人”所能享有的一切財產所有權。他取得財產利益并能以之移轉，然而，在申請損害賠償時，他不應如我們所說的，求諸“普通法”而應求諸“裁判官法院”的“衡平法”。如果我們說他擁有在繼承權中的一種衡平的財產，可能不致發生大錯；但是，為了使我們不致為這樣的類比所迷惑，我們必須始終記着，在有一年中，遺產占有是根據所謂“時效取得”（Usucapion）的一條羅馬法原則而產生效果的，“占有者”就成為包括在繼承權中的一切財產的一個“公民”所有人。

我們對古代的“民事訴訟”（Civil Process）法所知道的太少了，不能對“裁判官法院”所提供的各式救濟方法之間的利弊一一加以比較。但可以斷言，雖然“曼企帕地荷遺命”有許多缺點，但通過它而立即全部把概括的權利加以移轉的“曼企帕地荷遺命”，卻從沒有完全為這新的“遺囑”所代替；在一個不拘泥於古代形式或者這些古代形式並不十分被重視的時期，法學專家的所有機智便都被耗費於改進這種比較神聖莊嚴的工具。在該雅士時代，也就是安托寧·凱撒時代，“曼企帕地荷遺命”的大缺點都已消除。原來，正如我們已經看到過的那樣，對手續程序的主要性質的要求，是“繼承人”本身必須是“家產買主”，其結果是：他不但立即在“遺囑人的財產”中取得一種既得利益，並且被正式告知他的權利。但是到了該雅士時期，就准許可由一些不相關的人來擔任“家產買主”。因此繼承人就不一定會被告知他的預定繼承；從此以後，“遺囑”就取得了秘密的特性。用一個陌生人作為“家產買主”以代替真正的“繼承人”，還有其他的種種後果。在它一經合法化後，一個羅馬“遺命”就包括了兩個部分或階段——一個是讓與，這是一種純粹的形式，還有一個是“宣告”。在這程序的后半過程中，“遺囑人”或者口頭向其助手宣布在他死亡後應該執行的願望，或者提出一個書面文件，其中包含有他的願望。可能要直到注意力已不再集

中于这想象的“讓与”而集中于“宣告”，并把它作为交易的重要部分时，“遺囑”才被准許成为可以撤銷的。

这样，我已从法律史上把“遺囑”的系統作了一番考察。它的根源，就是建筑在“曼企帕地荷”或“讓与”上的古“銅衡式”遺命。但这个古“遺囑”有多种缺点，这些缺点已經，虽然只是間接的，为裁判官法所补救了。同时，法学專家們的机智，在“普通法遺囑”或“曼企帕地荷遺命”中，实现了那些裁判官可能会同时在“衡平法”中达到的各种改进。但这些最后的改良，完全依靠了法律上的机巧，因此我們看到該雅士或是阿尔比安时代的“遺囑法”只是过渡性质的。以后接着發生些什么变化，我們不知道；但最后，剛在查斯丁尼安法律学复兴之前，我們發現东羅馬帝国的人民应用着一种“遺囑”，它一方面可以追溯到“裁判官遺囑”，而另一方面可以追溯到“銅衡式”遺命。像“裁判官遺命”一样，它不需要“曼企帕地荷”，并且除非有七个証人的封签不生效力。但又象“曼企帕地荷遺囑”一样，它所移轉的是繼承权，不仅仅是一个遺產占有。但它最重要特点中有几点是由現實法規所規定的，并且正是由于它有三重来源，即“裁判官告令”、“市民法”以及“帝国宪令”，因此查斯丁尼安就称他自己时代的“遺囑法”为三重法（Jus Triper- titum）。这种新的“遺命”就是一般人所說的“羅馬遺囑”。但这只是东羅馬帝国的“遺囑”；根据薩維尼的研究，显示出在西羅馬帝国，直到中世紀，旧的“曼企帕地荷遺命”連同讓与、銅和天平等工具，仍旧被繼續使用着。

第七章 古今有关遺囑与 繼承的各种思想

虽然現代欧洲“遺囑法”中有許多地方和过去人类所实行的最古的遺囑处分有着密切的联系,但在“遺囑”和“繼承”这个主题上,古代和現代思想观念确实存在着重要的分歧。这一些分歧点,我将在本章中詳細加以說明。

在距离“十二銅表法”时代几世紀以后的一个时期中,我們發現在“羅馬市民法”上增加了許多規定,其目的是在限制剥夺子女的繼承权;我們看到“裁判官”的审判权亦积极地执行这一项利益;我們在那时候發現有一种新的救济方法,在性質上是非常例外的,而其来源也是不确定的,这种救济方法称为“遺囑違反倫道之訴”(Querela Inofficiosi Testamenti),目的是使亲子恢复为其父的“遺命”所不公正地拒絕的繼承利益。有的著者在把这个法律規定和承認訂立“遺囑”的絕對自由的“十二銅表法”原文相比較时,他們想把大量戏剧性的偶然事件混入他們的“遺囑法律”史中。他們談到族長立刻毫无限制地任意剥夺子女的繼承权,談到这种新的实践对公共道德所造成的侮辱和損害,更談到一切善良人們对“裁判官”阻止父权墮落进一步發展而作的勇敢行为加以讚美。这些故事就其所叙述的主要事实而論,并不是完全毫无根据的,但反映出对于法律史上的各項原則是有严重的誤解的。“十二銅表法”的法律應該根据它制定时代的特性来加以解釋。它不可能有一种在較后时代認為它必須加以反对的傾向,它只根据这样一个假定繼續前进,即不認為这种傾向是存在的,或者我們可以說,根本不考慮到有这种傾向存在的可能。羅馬公民很少可能会立刻开始自由

地运用这剥夺继承权的权力。我們知道，在当时，家族奴役的羈絆是在最殘酷地压迫着，但人們仍旧忍受着，在这种情况下，如果以为在我們自己时代不受欢迎的某些負担，在那时竟然能够解脱，这是違背了一切理性和違背了对于历史的合理理解的。“十二銅表法”准許执行“遺命”，只限于它認為遺囑可能被执行的情况下，也就是說，只限于沒有子嗣和近亲的时候。它并不禁止剝夺直系卑亲屬的繼承权，因为这种偶然事件是当时羅馬立法者所不可能預見到的，因此也就无从在立法中用明文加以規定。毫无疑义，当家族情誼逐漸丧失了它原来所具有的个人义务的面貌时，就偶然發生了剝夺子女繼承权的事件，但“裁判官”的干預却并不是由于这种恶習的普遍發生，而在最初时无疑地是由于下述原因的推动，即因为这类不自然的任意行动事例在当时是很少而且是例外的，并且也是和当时的道德觀念相抵触的。

由这一部分羅馬“遺囑法”所提供的迹象在性質上是完全不同的。可注意的是，羅馬人从沒有把一个“遺囑”用作剝夺一个“家族”的繼承权的一种手段，或用作造成一項遺產的不公平分配的一种手段。阻止它轉向这一方面的法律規定，随着这部分法律学的逐漸發展而不断增加其数量和严密程度；这些規定无疑地是和羅馬社会一貫的情緒相符合的，并不完全是由于个人感情的偶然变动。遺囑权的主要价值似乎是在它的能够幫助一个“家族”作好豫备，并在分配繼承財產中能比較按照“无遺囑繼承法”分配得更加公平不偏。如果一般的情緒确是这样，它在某种程度上說明了始終成为羅馬人的特点：即对于“无遺囑”而死亡感到特殊的恐怖。丧失遺囑特权似乎被認為是比任何災害更沉重的一种天罰；咒詛一个敌人，說他要死而无“遺囑”要比任何咒詛都更苛酷。在我們今日所存在的各种意見中，沒有这种类似的感情，或是很不容易發現有这种感情。所有各个时代的一切人无疑地都宁願能筹划其

所有物的归宿，并由法律来为他们执行这个任务；但是罗马人对于“有遗嘱而死亡”的感情，从其强度来讲，并不仅仅是出于放任随便的愿望；当然，它和家族骄傲更无共同之处，因为家族骄傲全然是封建制度的产物，它把一种财产积累在一个独一的代表人手中。也许是先天的由于“无遗嘱继承”中的某些规定，造成这种强烈地宁愿用“遗嘱”分配财产而不愿根据法律规定而分配。但是，困难是在于，当我们看到罗马的“无遗嘱继承”法律，还是处在查斯丁尼安把它制成为现代立法者几乎普遍采用的继承顺序以前几个世纪中一直具有的那种形式中时，它完全没有给人以显著不合理或不平衡的印象。相反的，它所规定的分配方法非常公平合理，并且和现代社会一般认为满意的分配方法很少不同之处，因此，我们实没有理由说明为什么会这样地非常不受欢迎，特别是在这样一种法律学中，它把有子女要扶养的人的遗嘱权削减到一个狭小的范围内。我们可以预期的，象在现在的法兰西那样，族长都一般地不愿意自找麻烦执行一个“遗嘱”，他宁愿让其财产听任“法律”处理。但是，我以为如果我们比较仔细地研究一下查斯丁尼安以前的“无遗嘱继承”标准，我们就能发现打开秘密的关键。这个法律的结构包括两个不同的部分。一部分的规定来自“市民法”，这是罗马的“普通法”；另一部分则来自“裁判官告令”。我在其他场合已经提到过了，“市民法”规定有权继承的继承人按顺序有这样三种：未解放之子，宗亲中的最近亲等，以及“同族人”。在这三种顺序中间，“裁判官”添加了各类的亲族，这些亲族是“市民法”所完全不管的。直到最后“告令”和“市民法”结合而组成了一张继承顺序表，它在实质上 and 传到现代的多数法典中的并没有很大区别。

有一点必须注意，在古代一定有这样一个时期，当时“无遗嘱继承”的顺序完全由“市民法”决定“告令”的安排是完全不存在的，或是不一贯地执行的。我们毫不疑惑，“裁判官”的法律学在其早

年时代，不得不和可怕的阻力相竞争，并且更可能的是，在一般情绪和法律意见默認了它很久以后，它定期地介绍进来的各种变更并不根据于某种确定的原则，而是根据了連續任命的各个高级官吏的不同偏見而随时变动的。我认为，罗马人在这个时期中所实行的“无遗嘱继承”规定，足以说明罗马社会长时期以来对于一个“无遗嘱死亡”所以始终存在着强烈嫌恶的理由。当时继承的顺序是这样的：在一个公民死亡时，如果没有遗嘱或是没有有效的遗嘱，他的“未解放”之子成为其继承人。他的解放之子不能分享继承权。如果在他死亡时，没有直系卑亲属，就由宗亲中最近的亲等继承，但是通过女性后裔而和死者结合起来的亲族（不论如何接近），都不能享有继承权。家族中所有其他支系都被排斥在继承权之外，而继承权就应归属于同族人也就是和死者具有同一姓氏的全体罗马公民。因此，如果没有一个有效的“遗嘱”，在我们所考察的这一个时期的一个罗马人就将使其解放之子绝对得不到什么权利，另一方面，既然假定他在死亡时没有子嗣，则他的家族就有完全失去其财产而使财产传诸于另外一些人的迫切危险，这些人和他的关系仅仅是由于祭司的拟制，假定凡是同族的全部成员都是来自一个共同祖先。这样一种状态的本身就几乎足以说明上述一般情绪的所以发生；但在事实上，如果我们忘记了，我所描述的情况很可能是发生在正当罗马社会处于从其分散家族的原始组织转变的第一个阶段时，则我们所理解的仅及一半而已。把“解放”承认为一个合法的惯例，真是针对父权王国的最早的一个打击，但是法律虽然仍旧认为“家父权”是家族关系的根本，却坚持把解放之子视为“亲属”权外的陌生人和血缘外的外人。然而，我们不能就因而认为法律上的炫学所加于家族上的种种限制会在其父的自然情感上有同样效果。家族忠诚一定仍旧保留着“宗法”制度下的那种近乎不可思议的神圣性和强烈性；并且家族忠诚很少可能会因

为解放行为而消灭，它的可能性恰恰完全相反。可以毫不躊躇地認為当然的，从父权下得到解放不但不是情感的割断，相反的正是情感的表现——这是对最最溺爱和最最尊重的子嗣給予一种仁德和寵爱的标志。如果在所有子嗣中受到这样特別寵遇之子会因为“无遗嘱死亡”而绝对地被剥夺了繼承权，則他的不願蒙受这种情况是毋庸多加解釋而自明的。我們也許可以先天地假定，人們的喜爱“立遗嘱”是由于“无遗嘱”繼承規定所造成的某种道德上的不公正而产生的；在这里，我們發現这些“无遗嘱”繼承規定是和古代社会借以結合在一起的那种天性不相一致的。我們可以把上面所主張的一切，表现于一簡明的形式中。原始羅馬人的每一种占优势的情緒，都是和家族的各种关系交織在一起的。但什么是“家族”？法律上有它的定义——自然情感上有它另外的一个定义。在这两者之間的冲突中产生了我們所要加以分析的感情，它热烈欢迎这样一种制度，根据这种制度人們可以根据情感的指示而决定其对象的命运。

因此，我認為羅馬人对于“无遗嘱死亡”的恐惧，說明了在古代有关“家族”这个主题的法律与古代人对于家族的情感慢慢地發生改变这两者之間很早就發生了冲突。在羅馬“制定法”中有一些規定，特別是有关限制妇女繼承能力的那一个条例，是使这种感情長期存在的主要原因；一般人都相信，創設“信託遺贈”（Fidei-Commissa）制度，其目的就是想用以避免这些条例所規定的无能力。但是这种感情本身的惊人的强烈程度，似乎說明了在法律和輿論之間早就存在着某种很深的对抗；而“裁判官”对于法律学的改进无法把这种感情加以消灭，也是完全不足为奇的。凡是熟悉輿論哲学的人都知道：一种情緒决不会因为产生它的情况消逝了而必然地随着消灭。它可能会比情况留存得更長久；不，它也可能会在后来达到一个强烈的頂点和高潮，而这种頂点和高潮是在情况繼

續存在期間从來沒有达到过的。

把一个“遺囑”看作是授予一种权力，把財產从家族中轉出来，或是把財產根据“遺囑人”的想象或見解而分成許多不公平的部分，这种看法發生在封建制度已完全巩固了的中世紀的后半期。当現代法律学初步以粗糙的形式出現时，用遺囑来絕對自由处分一个死者的財產，还是很少見的。在这个时期內，当財產的遺傳由“遺囑”規定时——在大部分的欧洲，动产是遺囑处分的主体——遺囑权的行使不能干預寡妇从遺產中取得一定分額的权利，同样不能干預子嗣取得固定比例的权利。子所取得的分額由羅馬法的規定用数量表示出来。关于寡妇的規定，應該归功于教会的努力，它始終不懈地关怀着丈夫死后妻子的利益，——經過二三世紀的坚决要求之后，才获得了所有的胜利中也許是最难得的一个胜利，就是丈夫在結婚时就明白保証贍养其妻，最后并把“扶养寡妇財產”(Dower)的原則列入了全西欧的“習慣法”中。可怪的是，以土地作为扶养寡妇的財產的制度經証明要比类似的和更古的为寡妇和子嗣保留的一定分額动产的制度，更加巩固。在法兰西有些地方習慣中，把这种权利一直保持到“革命”时代，在英国，也有类似的慣例的痕迹；但在大体上，流行着的学理是动产可以由“遺囑”自由处分，并且，虽然寡妇的要求得到繼續尊重，但子的特权則被从法律学上加以取消。当然这种变化完全是由于“長子繼承权”的影响。“封建的”土地法为了一个子嗣而剝夺所有其余諸子的繼承权，甚至对那些可以平均分配的財產也不复視為有加以平均分配的义务。“遺命”是用以产生不平等的主要工具，而在这种情况下产生了古代人和現代人对于一个“遺囑”的不同的概念。但是，虽然通过“遺命”而享有处理遺產的自由是封建主义的一个偶然产物，但是在自由“遺囑”处分制度和另外一个制度，像封建土地法制度之間，是存在着極端巨大的区別的，因为在封建土地法制度之下，財產的

移轉是强迫按照规定的遺傳系統而进行的。这个真理似乎是“法兰西法典”的著者所沒有注意到的。在他們決定要加以摧毀的社會組織中，他們看到“長子繼承權”主要建筑在“家族”授產的基礎上，但他們同時也注意到“遺命”在嚴格限嗣繼承下常常被用來以為他保留的完全相同的優先權給予長子。因此，為了使他們的工作非常可靠，他們不但使長子不得在婚姻協議中優先於其餘諸子，他們并把“遺囑繼承”排斥於法律之外，否則就要使他們的基本原則，即在父死亡時其財產應在諸子中平均分配的原則不能成立。其結果是他們建立了一種小範圍的永續限嗣繼承制度 (a system of small perpetual entails)，這種制度非常接近歐洲的封建制度，而不是完全的遺產自由。英國的土地法，“封建制度的赫鳩婁尼恩城” (the Herculaneum of Feudalism)，當然是更和中世紀的土地法相似而不同於任何大陸國家的土地法，我們的“遺囑”也就常常被用來助長或效法長子及其親系的優先權，這成為不動產婚姻授產中幾乎普遍的特色。但是，這個國家中的感情和輿論都會受到自由遺囑處分實踐的重大影響；據我看來，在大部分法蘭西社會中就家族中保存財產這個問題所具有的情緒，比諸英國人更接近於二三世紀以前流行於全歐洲的情緒狀態。

“長子繼承權”問題引起了歷史法律學中一個最困難的問題。雖然我還沒有說明我的見解，但我常常談到在羅馬繼承法上，許多“共同繼承人”總是和一個單一“繼承人”有同一的立足點的。事實上，我們從沒有看到羅馬法律學上有這樣一個時期，一個“繼承人”或“概括繼承人”的地位不可以為一個集体的共同繼承人所取得。這個集体作為一個單一的單位而繼承，繼承的財產通過以後另外的法律程序在他們中間進行分配。當“繼承”是法定繼承，這個集体中所包括的都是死者的子嗣時，他們每一個人都從財產中取得一個相等的份額；雖然在有一個時期男性比女性占一些便

宜,但在这里完全沒有一些“長子繼承权”的痕迹。分配的方式在全部古代法律学中是完全一样的。当然,当民事社会开始,各家族在經過許多世代以后已不再結合在一起时,自發地就产生了这种观念,要把領地在每一世代的所有成員中平均分配,并且不專为長子或其支系保留任何特权。关于这种現象和原始思想的密切关系,可以从比羅馬制度更古的一些制度中,看到一些特別有意义的暗示。在印度人中,当子剛出生时,他对其父的財產立刻取得一种既得权,这种財產未得共有人的承認是不能出卖的。在子达到成年时,他有时甚至可以不顧其父是否同意而强迫分割財產,并且,如果得到父的同意,則縱使不为所有其余諸子所願意,一子也能取得分割。在这类分割發生时,父除了取得的份額不是一份而是两份以外,并不能較其子更为优待。日耳曼部落的古代法是非常类似的。“自主地”或家族領地是父和子的共有財產。不过,習慣上这种共有財產在父死亡时也是不分割的,而一个印度人的所有物虽然在理論上是可以分割的,但在事实上却同样地很少分割,因此往往許多世代轉輾相傳从不分割,这样,印度的家族就有不断扩大为“村落共产体”的傾向,其情况我将在以后加以闡述。所有这一切,明显地指出,在死亡时把財產在男性子嗣中絕對平均分配,是家族依附發生瓦解的第一个阶段中社会上最为普遍的實踐。这时候,“長子繼承权”就成为历史上的难题了。当封建制度在形成的过程中,这些制度除了一方面从羅馬各省的法律以及另一方面从蛮族的古代習慣中得到其原素外,在世界上已沒有其他淵源,但我們知道羅馬人或蛮族在財產繼承中都不習慣于把任何优先权給予長子或其亲系,因此,初看起来,我們感到迷惑不解。

在蛮族最初定居于羅馬帝国境內时所实行的各种“習慣”中,並沒有“長子繼承制”。我們知道它的淵源是来自入侵酋長的采地(benefice)或貽贈。这些初时只是由移居来的国王偶然封賜、但后

来为查理曼大量分配的“采地”，乃是授与有军功的受益人管业的罗马各省土地。自主地所有人似乎并不跟随其统治者从事远征或艰难的冒险事业，所有法兰克酋长和查理曼所进行的历次远征，其随军出征的或是人身依附王家的士兵，或是由于土地的租佃而被迫服役的士兵。但是采地在开始时完全没有世袭的意味，“采地”的持有要听从赐与人的好恶，至多以受赐人的终身为限；但从最初的时候起，受益人似乎并未致力于扩大出租地，并在其死后把土地继续保留给家族中人。由于查理曼继承人柔弱无能，这些企图普遍获得成功，“采地”就逐渐转变为世袭的“封地”(Fief)了。但是封地虽然是世袭的，却并不一定遗传给长子。它们所遵从的继承规则，完全由赐与人和受益人之间同意的条件决定，或者由其中之一方强加于另一方的条件决定。因此，原来的租地条件是非常多种多样的；因为到现在为止所提到的各种租地条件都是为罗马人和蛮族所熟悉的继承方式的某种联合，所以并不象有时所说的那样任意地变化的，但它们无疑是非常琐细的。在有些租地条件中，毫无疑问地准许长子和其支系先于其他子嗣而继承封地，但这类继承非特并不普通，甚至也没有为一般所采用。在欧洲社会较近的一次变化中，当领地的(或罗马的)和自主地的(或日耳曼的)财产形式完全为封建的财产形式所代替时，这种完全同样的现象又重复发生了。自主地完全为封地所吸收。较大的自主地所有者把部分的土地有条件地移转给其属下而自成为封建主；较小的自主地所有者为了逃避那个恐怖时代的压迫，就把他们的财产奉献给某些强大的酋长，并以战争时为他服役为条件再从他的手中领回其土地。当这个时期，西欧的广大人民都处于奴隶或半奴隶的状态——罗马和日耳曼的个人奴隶，即罗马的土著农奴(coloni)和日耳曼的农奴(lidi)——他们同时为封建组织所併吞，他们中的一小部分对封建主处于奴僕关系，但大部分则以当时视为降格的条件接受土地。在

这普遍分封土地的时代中創設的各种租地条件、因佃农和新地主拟定的条件或因佃农被迫接受地主条件的不同而各異。在采地的情况下,有些财产的繼承按照“長子繼承权”的規定,但并不是全部如此。但是,一当封建制度普遍推行于西欧,就明显地感到“長子繼承权”比其他任何种繼承方式有更大的長处。“長子繼承权”于是就以惊人迅速的程遍傳到全欧各地,它傳播的主要工具是“家族授产”(Family Settlement, 在法兰西称为 Pactes de Famille, 在日耳曼称为 Haus-Gesetze),它普遍規定凡是由于武功而占有的土地一概应傳給長子。最后,法律竟讓位給这多年应用的实践,在逐渐建立起来的一切“習慣法”中,对于自由租地和軍役租地的财产,長子和其亲系有优先繼承之权。至于因佃役租地而持有的土地(原来,所有租地都是佃役的,佃农必須償付金錢或提供劳役),習慣所規定的繼承制度在各国和各省中差別很大。比較一般的通例是,这些土地在所有人死亡时应由所有子嗣平均分配,但在有些事例中,長子仍有优先权,在有些事例中則由幼子取得优先权。但象英国的“定役租地”(Socage)一样,它發生的时期較其余各类的租地为迟,并且既不是完全自由的,也不是完全佃役的,这些通过租地而持有的财产、这些在某些方面看来是屬於最重要的一类财产的繼承,通常就适用“長子繼承权”。

“長子繼承权”所以能被广为傳播,一般都認為是由于所謂封建的理由。据說,如果在封地最后持有人死亡时把它傳給一个單一的人而不在多数人中間进行分配,封建主就可以对他所需要的軍役有更好的保証。我不否認这种意見可以部分地說明“長子繼承权”所以逐漸为人們所爱好,但我仍須指出,“長子繼承权”所以能成为欧洲的一种習慣,倒并不是由于它对封建主有利,而是由于它为佃农所欢迎。再則,上述理由完全不能說明它的来源。法律中决不可能有任何規定完全是为了要求得便利。在便利的意識發

生作用之前，必先有某些观念存在着，它所能做的也只是把这些观念組成新的結合而已；在当前的情形中，問題正就是在找寻这些观念。

从一个富有这类征兆的地方，我們获得了一个很有价值的暗示。在印度，虽然父的所有物可在其死亡时加以分割，并且甚至在生前就可以在所有男性子嗣中平均分割，虽然这个平均分配財產的原則推广到印度制度的每一个部分，但当最后一个在职者死亡时，他所傳下的官职或政治权利，几乎普遍地根据“長子繼承权”的規定而进行繼承。因此，主权是傳給長子的，作为印度社会集合單位的“村落共产体”的事务原归一人管理时，則父死之后一般就由長子繼續管理。在印度，所有职位都有世襲的趋向，并且在性質許可时，这些职位即歸屬於最老支系的最長成員。把这些印度繼承和在欧洲几乎一直到現在还存在的較未开化社会組織的有些繼承，加以比較，我們可以得到这样的結論，即宗法权不仅是家庭的并且是政治的，它在父死亡时不在所有子嗣中分配，它是長子的天生权利。例如，苏格兰高原部落的會長职位是按照“長子繼承权”的順序繼承的。的确，这里似乎有一种家族依附，比我們从有組織民事社会原始記錄中所知道的任何一种家族依附还要来得古老。古羅馬法中親屬的宗法联合体以及大量类似的征兆，說明在有一个时期中家族所有的各支系都团結在一个有机的整体中；当親屬这样形成的集团本身成为一个独立社会时，这个集团是由最老亲系的最長男性管理的；这自非狂妄的臆測。的确，我們并不具有这类社会的真实知識。即在最原始的共产体中，就我們所知，家族組織至多只是“政府中的政府”(imperia in imperio)。但是有一些部族、特别是凱尔特部族的地位从有史以来都近似独立，这使我們不得不深信它們过去曾一度是各別政府，它的會長职位是根据“長子繼承权”而繼承的。但是，我們必須注意，不要把它和法律

上的名詞作現代的联想。我們現在所談到的一种家族关系比我們所熟知的印度社会或古羅馬法中任何家族关系更为紧密。如果羅馬的“家父”明显地是家族所有物的管家，如果印度人之父只是其諸子的共同分配者，則真正的宗法族長将更显著地仅仅是一个公共基金的管理人。

因此，在“采地”中所發現的“長子繼承权”的繼承事例可能是从入侵种族的一种家族政府制度模仿来的，这种家族政府制度曾为入侵种族所知道，但并不是普遍适用的。有些未开化的部落也許还在实行着这种制度，或者更加可能，社会还剛剛离开較古的状态，因此人們在为一种新形式的財產决定繼承規則时，就自發地联想到了这种“長子繼承权”。但这里还有一个問題，为什么“長子繼承权”会逐渐代替了其他一切繼承原則？我以为答案應該是在加洛林帝国瓦解期間，欧洲社会肯定是在退化着。它比早期蛮族王朝时期的悲惨低微状况甚至还要落后一些。这个时期的最大特点是国王权力的軟弱甚至中断，因此也就是內政的軟弱中断；因此社会內部是不团結的，人們也普遍地倒退到比共产体开始时更古的一种社会組織中去。在第九第十世紀时期，封建主連同其屬臣大概都屬于一个宗法家庭，这种家庭不是象原始时代那样用“收养”而是用“分封土地”（Infeudation）的方法补充成員的；对这样一种結合，“長子繼承权”繼承方式是强力和持久的一种淵源。只要全部組織建筑在它上面的土地能保留在一起，它就能有力地进行攻击和防衛；分割土地也就是分割这小小的社会，也就是在普遍暴乱的世紀中給侵略造成机会。我們可以完全断定，“長子繼承权”制的被优先采用，并不是为了一个子而剝夺其余諸子的繼承权。分裂封地要使每一个人受到損害。封地的巩固会使每一个人获得好处。“家族”可以因权力集中于一个人手中而更强大有力量；賦与繼承权的封建主并不能較其同胞和亲屬在占有、利益或享受上有任何优越之处。

如果我们以英国長子在一个严格的授产下所处的地位，来估計一个封地的繼承人所繼承的特权，这将是一个独特的时代错误。

我曾說过，早期的封建結合来自一种古代的“家族”形式，并且和它極端类似。但是在古代世界中，在还没有通过封建制度坍塌的一些社会，当时似乎曾經流行的“長子繼承权”还没有变成后期封建欧洲的“長子繼承权”。当亲属集团經過許多世代不再为一个世襲的酋長統治时，过去曾为大家而管理的領地也就被大家平均分配了。为什么这种情况不在封建世界中發生呢？如果在最初的封建时代的混乱期間，長子为了全家的利益而持有土地，那末为什么当封建欧洲已經巩固，正規的社会生活又再度确立了时，整个家族会不重新恢复过去一度屬於羅馬人和日耳曼人的平等繼承权的能力？那些專心致力于探討封建制度的家系的著者，很少能掌握开啓这个困难的关键。他們看到了封建制度的原料，但是他們沒有注意到成品。助成这个制度形成的观念和社会形式无疑地是蛮族的和古代的，但是，当法院和法律家被要求来解释它时，他們用来解释它的原則却是最后期羅馬法律学的，因此也就是非常精煉和非常成熟的原則。在一个宗法統治的社会中，長子繼承了宗亲集团的政府，并有絕對权力处分其财产。但他并不因此而成为一个真正的所有人。他还有不包含在所有权这概念中的相关連的各种义务，这些义务是十分不明确的并且也不可能下定义的。但后期的羅馬法律学象我們自己的法律一样，把对于财产上所有的无限制权力看做财产所有权，并没有、并且在事实上也不可能注意到这一类的义务，而关于这类义务的概念是在正規法律产生之前就已經有的。这种精煉的观念和野蛮的观念相接触后，不可避免地召致了这样一个后果，就是把長子改变成繼承财产的法定所有人。教会的和世俗的法律学家从一开始就这样确定了長子的地位；而原来本可与其亲属在平等的地位上共禍福的年輕兄弟，则在不知不觉間下降

为僧侣、军事冒险家或是官邸的食客。这种法律上的革命，正和苏格兰高原大部分地方在最近小规模地发生的革命，完全相同。当苏格兰法律学必须决定酋长在扶养部族的领地上所具有的法律权力时，它已远超过了同部族人对完全所有权可以加一些模糊限制的时期，因此，它也就不可避免地要把许多人的遗产转变成一个人的财产了。

为了简明起见，我把一个单独子嗣对一个家或一个社会所有权力的继承，称为“长子继承权”的继承方式。但是，可注意的是，在遗留给我们的这类继承的少数很古的事例中，取得代理地位的不一定是我们所熟知的意义中的长子。曾在西欧流行的“长子继承权”形式也曾在印度人中继续保存过，我们并有一切理由相信它是正常的形式。在这种制度下，不但是长子，并且是长子的亲系也常常获得优先权。如果长子不能继承，则他的长子不但对其兄弟并且对其叔父辈有优先权。如果他也不能继承，这同一规定可以适用于再下一代。但如果继承不仅仅是民事的、而且是政治的权力时，就可能要发生一种困难，这种困难的大小随社会团结力的强弱而增减。一个行使权力的酋长可能寿命长过其长子，而原来有继承资格的孙子又可能年龄太小未及成年，不能担负实际指导社会以及管理事务的责任。在这种情况下，比较固定的社会往往采取这种便宜方法；就是把这幼小的继承人放在监护之下，一直到他适宜于执政的年龄。监护权一般属于男性宗亲；但有可注意的是，在极少的偶然事例中，古代社会也有同意由妇女行使这种权力者，这无疑是出于尊重母亲的庇护的要求。在印度，一个印度主权者的寡妇曾用她稚子的名义而统治着国家，并且我们也不禁要想到法兰西皇位继承规定的习惯——这种习惯，不论其渊源为何，无疑是非常古远的——规定母后对“摄政职位”(Regency) 较所有其他申请人有优先之权，但同时它却又严格地排斥一切女性据有皇位。

把主权遺傳給一个幼小的繼承人所發生的不方便，还有另外一种方法加以消除，这种方法无疑会自發地發生在組織簡略的共产体中。就是把幼小的繼承人完全放在一边，而把酋長的职位授与第一代中年事最高的現存男性。凱尔特部族組織在他們已保留了一个世紀且其中民事的和政治的社会还没有初步划分的許多現象中間，就有着这样一个繼承的規定，并把它一直带到了有史时期。在这些部族組織中，似乎还有这样一种現實准則，認為在長子不能繼承时，他的長弟可以优先于所有的孙輩而获得繼承，不問在主权遺傳的当时孙輩的年齡是怎样。有些著者用这样的假說来解釋这个原則，認為凱尔特的習慣是把最后的酋長看做好象是一个树根或是主干，而后把繼承权給与和他距离最近的卑親屬；叔父既較接近于共同的根干，便应优先于孙輩。如果这个解釋只是用以說明繼承制度，那是无可非議的；但如果以为第一个采用这样的規定的人，是在应用显然从封建繼承制度开始在法律家中进行論辯的时候起就有的推理过程，則将是一个严重的錯誤。叔父所以能优先于孙輩，其真正的来源无疑地是出于一个原始社会中原始人們的一种簡單打算，即認為由一个成年的酋長来統治总比由一个孩子統治来得好，一个年紀較輕的兒子將比長子的任何子嗣更早达到成年。同时，我們有証据証明我們所最熟悉的那种形式的“長子繼承权”是一种原始的形式，其傳統是当越过一个幼小的繼承人而作出有利于其叔父的决定时，須先取得部族的同意。在麦克唐納氏 (Macdonalds) 紀年史中有着有关这种仪式的相当真实的例子。

根据可能保存着一种古代阿剌伯習慣的穆罕默德法律 (Mohametan law)，財產繼承权是在諸子中平均分配的，女兒則可取得半份，但是如果有任何一人在繼承权分割前死亡而遺下子女时，这些孙兒女会全部为其叔姑所排斥。与这原則相一致，当遺下的是政治权时，繼承就按照凱尔特社会中的“長子繼承权”形式进行。在

西方两个穆罕默德的大家族中，所根据的规定是：在继承王位时叔父优先于诸姪，虽此姪为长兄之子，亦在所不论；这一规定虽然直到最近还在埃及适用，但依我所知，是否适用于土耳其君主的移转，是还有疑问的。苏丹们的政策事实上一直是在防止适用这个规定的情况的发生，很可能，他们整批屠杀其幼年兄弟一方面固然为了其子孙的利益，另一方面也是为了消除对王位的危险竞争者。不过很明显，在一夫多妻的社会中，“长子继承权”的形式是经常在变化的。有许多理由都可以构成对继承的要求，例如，母亲的位次或她受父亲宠爱的程度。因此，有些信奉伊斯兰教的印度君主不敢主张有任何明显的遗嘱权，但主张有权指定继承之子。圣经上以撒与其子的历史中所提到的祝福，有时被指为一种遗嘱，但这似乎应该被认为是一种指定一个长子的方式。

第八章 财产的早期史

羅馬“法学阶梯”在对各种各样的所有权下了定义之后，进而討論“取得财产的自然方式”。凡是不熟悉法律学史的人，对于这些取得的“自然方式”，似乎不致在一看之下就有理論上的或者是实践上的兴趣的。猎人捕获或杀死的野兽，由于河流在不知不觉中的淤积而在我們田野上增加的土地，和生根于我們土地上的树木，这些都是羅馬法律家称之为我們可以自然地取得的东西。較老的法学專家一定會注意到，这类取得是普遍地为他们所处的小社会的慣例所認可的，后一时期的法律家既然發現这些取得被归类于古“万民法”中，并把它們看作为最簡單的一种取得，就在“自然”律令中給它們分配了一个地位。这些财产所受到的尊严性在現代时期正在繼續不斷增長，直至完全超过了它原来的重要性。理論已把它們作为它的美好食料，并使它們在实践上起着最最严重的影响。

在这些“自然取得方式”中，我們有必要只研究其中的一种，即“先占”（Occupatio）。“先占”是蓄意占有在当时为无主的财产，目的（这是在專門定义中加上去的）在取得财产作为己有。羅馬法律学称为无主物（res nullius）的物件——即現在沒有或过去从来没有过一个所有人的物件——只能用列举的方法来加以确定。在从来没有过一个所有人的物件中，如野兽、魚、野雞、第一次被發掘出来的宝石，以及新發現或以前从未經過耕种的土地。在現在沒有一个所有人的物件中，包括抛棄的动产、荒廢的土地以及（一个变例的但最为惊人的項目）一个敌人的财产。在所有这些物件中，完全的所有权为第一个占有它們、意圖保留它們作为已有的占有人所取得——这种意圖在某种情况下是必須以特殊行为来表示

的。我以為我們不難理解“先占”有其普遍性，它促使有一代的羅馬法律家把“先占”的實踐列入“所有國家共有的法律”中，它有其單純性，這使另外一些法律家認為它應歸因於“自然法”。但對於它在現代法律史中的命運，我們是沒有先天的考慮的。羅馬人的“先占”原則，以及法學專家把這原則發展而成的規則，是所有現代“國際法”有關“戰利品”和在新發現國家中取得主權等主題的來源。它們又提供了“財產起源”的理論，這種理論立刻受到歡迎，並通過這一種或另一種形式而成為絕大部分純理論法律家所默認的理論。

我曾說過，羅馬的“先占”原則曾決定“國際法”中有关“戰利品”這一章的要旨。“戰爭虜獲法”中的種種規定，來自這樣一種假定，就是敵對行動的開始使社會回復到了一種自然狀態，並且，在這樣造成的人為的自然狀態中，就兩個交戰國而論，私有財產制度就處於停止的狀態。後期論述“自然法”的著者竭力主張私有財產在某種意義上是他們所解釋的制度所認可的，因此，所謂一個敵人的財產是無主物的假說，在他們看起來，是不法和驚人的，他們謹慎地把它污蔑為僅僅是法律學上的一種擬制。但是，當我們把“自然法”的淵源追溯到“萬民法”，我們立刻看到為什麼一個敵人的財物會被看作無主財產，並因此而能為第一個占有人所取得。在古代，當勝利使征服者的軍隊的組織解体，並任令士兵進行不分皂白的搶掠時，從事戰爭的人們會自然地產生這種觀念。可是，在最初，允許為虜獲者所取得的，只是一些動產。我們根據一個可靠的證據，知道在古意大利，對於在一個被征服國家的土地上取得所有權，流行著一種很不同的規則，因此，我們可以猜想把先占原則適用於土地（這始終是一樁困難事）開始於“萬民法”成為“自然法典”的時期，並且這是黃金時代法學專家所作的一種概括的結果。他們有關這一點的教條被保存在查斯丁尼安的“法學彙纂”中，這些教條無條件地主張，敵人的各種財產就交戰的對方而論是無主物，

而虜獲者使敵產成為自己所有的“先占”則是“自然法”的一種制度。國際法律學從這些立論中得出的規則，有時被人詆毀為一種不必要的對於戰鬥者的殘酷和貪婪的寬縱，但我認為提出這種責難的人，只是那些不熟悉戰爭歷史的人，因此也就是那些不了解要強使人們服從任何一種法則是怎樣一種偉大功績的人。當羅馬的“先占”原則被現代的“戰利品”法所採用時，帶來了一些附屬的法規，使其執行得更加精確。如果把在格羅修斯論文成為權威著作後發生的戰事來和較早時期的戰爭相比較，可以看到，一待羅馬的格言被接受後，“戰爭”立刻具有一種比較可以容忍的性質。如果把羅馬“先占”法律非難為對現代“國際法”的任何部分發生着有害的影響，則我們可以有相當理由認為曾受到有害影響的是國際法的另外一章。“公法學家”把羅馬人曾引用於寶石的發現的原則同樣地引用於新國家的發現，这样就生搬硬套地採用了與期待它擔當的任務完全不相稱的一條學理。由於十五世紀和十六世紀偉大航海家的發現，這學理被提高到了極端重要的地位，但它所引起的爭端比它所解決的爭端更來得多。不久，在最需要明確的兩個問題上，發生了最大的不明確，即關於發現人為其主權者取得的領土的范围，以及完成主權者占有假定（*adprehensio*）所必需的行為的性質。更有進者，這個原則對於一件幸運的結果竟賦與了這樣巨大的利益，它就本能地為歐洲有些最冒險的民族如荷蘭人、英吉利人以及葡萄牙人所反對。我們英國人雖不明白否認“國際法”的規定，但在實踐上從不承認西班牙人獨占墨西哥灣以南全部美洲的要求，也沒有承認法蘭西國王獨霸俄亥俄（Ohio）和密士失必（Mississippi）流域的要求。從伊利薩伯（Elizabeth）接位到查理二世接位時為止，在美洲領海內可以說從來沒有過完全的和平，而新英格蘭殖民者侵犯法蘭西國王的領土一直延續了一世紀之久。邊沁看到這條法律在運用中所遇到的混亂情況，受到很深

刻的印象，竟然失其常态而去讚美那著名的教皇亚历山大六世（Pope Alexander the Sixth）的“訓諭”，在亞速尔羣島（Azores）之西一百海哩处划一分界綫把世界上未發現的国家分給西班牙人和葡萄牙人；边沁的讚揚，初看起来，好像很是奇怪的，但教皇亚历山大的安排，究竟是否在原則上真比“公法”的規定更为妄謬，还是可疑的。因为“公法”把半个大陆給与一个国王，主要由于他的臣僕們所做的，恰恰符合羅馬法律学的規定，符合取得一件可以用手复盖的貴重物件时所需要的各种条件。

从事研究本書主題的人們，所以認為“先占”饒有兴味者，主要由于它对純理論法律学所作出的貢獻，即它提供了一个关于私有财产起源的假說。过去曾一度普遍地認為“先占”中包含的手續程序和最初时屬於共有的土地及其果实轉变成成为个人财产的手續程序，是同样的。导致这个假定的思想过程是不难理解的，如果我們掌握了“自然法”概念上古代的和現代的区别。羅馬法律家認為，“先占”是取得财产的“自然方式”之一，他們毫不怀疑地深信，如果人类真能生活在“自然”的制度下，“先占”必将为他們的实践之一。至于他們是否真正自信这样的民族状态确实存在，則象我在前面已經說过的，是他們論文中留而未决的一点；但他們有一个推測則确是所有时代的人一致認為可信的，即财产制度并不是自有人类以来就有的制度。現代法律学一无保留地接受他們的全部教条，而对于这种假定的“自然”状态所怀抱的热誠好奇，甚且超过了他們。此后，由于現代法律学接受了这个論点，認為土地及其果实在过去一度是无主物，同时也由于它对于“自然”的特殊見解使得它毫无犹豫地假定人类在組織民事社会前很久就确实实行过无主物的“先占”，我們可以立刻得到这样一个推理：即“先占”是一个手續程序，通过了这个手續程序，原始世界的“无人物件”在世界历史中即成为个人的私有财产。要列举那些贊成这个理論的某一形式的法

学家,将是无聊的,并且也没有这样做的必要,因为始终作为其时代一般意见的忠实索引的布拉克斯顿,曾在他的第二部书的第一章中有如下一段概括。

他写道:“土地及土地里的一切物件是人类直接得自‘造物主’的赠予的一般财产。财物共有即使在最早时代,似乎也从来没有适用于物件实体以外的部分;也不能扩大及于物件的使用。因为,根据自然法律和理性,凡是第一个开始使用它的人即在其中取得一种暂时所有权,只要他使用着它,这种所有权就继续存在,但是不能比使用期更长;或者,更确切一些讲,占有的权利只是与占有行为同时继续存在。这样,土地是共有的,没有一部分可以成为任何特定个人的永久财产;但如有人占有了它的任何一定的地点作为休息、居住以及类似目的之用,即暂时取得一种所有权,如果有人用武力把他赶走,这是不公正的并且是违反自然法的,但是一当他离开而不复占有它时,别的人就可以夺取它而并无不公正之处。”他于是再进而辩称:“当人类日益增加,就有必要接受较永久的所有权的概念,不是仅仅把眼前的使用权而是要把将被使用的物件的实体拨归个人所有。”

这一节中有一些模糊的说法,令人怀疑布拉克斯顿对于他在他的权威著作中所找到的命题即所谓地面的所有权在“自然”法下是由占有人第一个取得的意义,似乎并不完全了解;但他有意地或是由于误解而加于这个理论上的限制,使它变成了它所不时采取的形式。许多比布拉克斯顿更著名的作者在用语上是确切的,认为在事物开始时,“先占”最初给与一种针对世人来说是排外性的但又只是暂时享有的权利,到后来,这种权利一方面保持其排外性,同时又成为永久的。他们这样来说明其理论,目的是为了“自然”状态中的无主物通过“先占”而成为财产的学理,和他们从圣经史中所获得的推理取得一致,即族长们在最初对牧养其牛羊的土地

并不是永久占有的。

直接适用于布拉克斯頓理論的唯一批評，是在研究那个造成他的原始社会圖景的情况，是否要比其他能同样容易地想象出来的情况更接近可能一些。用这种方法来研究，我們可以恰当地詢問，是不是占有（布拉克斯頓显然是按照其普通英語意义而使用这个名詞的）土地上一定地点作为休息或居住的人就應該准許保留它而不受干扰。在这样情况下，他的占有权必須有同样广大的力量，才能保留它，并且他也很可能时常受到新来者的干扰，如果这个新来者看中了这块土地并自以为有强力足以把占有者驅逐掉。但事实是：所有对这些論点的一切强辯由于这些論点本身的毫无根据而完全沒有价值。人类在原始状态中所做的也許并不是一个毫无办法加以研究的主題，但对于他們为什么要这样做的动机，則可能就無法知道了。这些有关世界最古年代人类情况的描写，受到这两种假定的影响，首先是假定人类并不具有他們現在被圍繞着的大部分的情况，其次是假定在这样想象的条件下他們会保存着刺激他們現在活动的同样情緒和偏見，——虽然在事实上，这些情緒很可能正是由这个假定認為他們應該被剝夺的情况所創設和产生的。

薩維尼有一个格言，有时被認為是在贊助着和布拉克斯頓所概括的一些理論頗相近似的一种有关財產起源的見解。这个偉大的日耳曼法律家宣称：一切“所有权”都是因“时效”（Prescription）而成熟的“他主占有”（Adverse Possession）。薩維尼作出这样說明，只是就羅馬法而言，在全部理解其含义以前，必須对用語的解釋和定义耗費很多勞力。可是，他的意思可以充分正确地表現出来，如果我們認為他所断言的是：不論我們对羅馬人所接受的有关所有权的觀念鉅研得如何深入，不論我們在追溯这些觀念时如何密切接近法律的初生时代，我們所能得到的有关所有权

的概念不外乎包括这三个要素——“占有”，“他主占有”，即不是一种任意的或从屬的而是一种針對世人來說的絕對占有，以及“时效”，也就是“他主占有”不間斷地延續着的一定期間。非常可能，这个格言可以用其著者所允許的更大的概括性来表达，但如果我們所考察的任何法律制度的發生远在这些联合觀念构成所有权觀念的时期以前，則就很难預期一个合理可靠的結論。同时薩維尼的准則不但确立了关于財產起源的通俗理論，它的特殊价值还在于使我們注意到它的弱点。在布拉克斯頓和他的追隨者的見解中，神秘地影响我們人类祖先的心理的是取得專門享有的方式。但神秘之处，并不在此。所有权以他主占有开始，并不足以奇怪。第一个所有人應該是武装的强有力的人，才能保證其物件的安全，这也并非出于意外。但是为什么一定要經過一定的時間，才能产生一种尊重他占有的情緒——这正就是为什么人类对于一切在事实上長时期存在的東西普遍加以尊敬的根源——，这才真正有深入研究的必要但却远不屬於本文範圍之內的問題。

在指出我們可能多少蒐集一些有关所有权早期历史知識的处所之前，我敢提出我的意見。我認為一般对于“先占”在文明第一阶段中起的作用所产生的印象，恰正和真相直接相反。“先占”是实物占有的有意承担；至于这样一种行为賦予人們对“无主物”享有权利的看法，不但不是很早期社会的特征，而且很可能，这是一种进步法律学和一种在安定的情況下法律产生的結果。只有在財產权利的不可侵犯性在实际上長期得到了認可时，以及絕大多數的享有物件已屬於私人所有时，單純的占有可以准許第一个占有人就以前沒有被主張所有权的物品取得完全所有权。产生这个學理的情緒，和作为文明开始时期的特征的所有权的少見和不固定，是絕對不能調和的。它的真正的基础，并不在于对这“財產权”制度出于天性的偏爱，而是在于这个制度長期繼續存在而發生的一种

推定，即每一种物件都应该有一个所有人。当一个“无主物”、也就是当一个还没有或者从来没有成为完全所有权的物件被占有时，占有人所以被允许成为所有人，是出于这样一种感觉，即所有的贵重物件天然地是一种绝对占有的主体，而在上述的情况中，除了“占有人”以外还没有一个人被授予过财产权。简言之，“占有人”成为所有人，因为所有的物件都被假定为应该是属于某个人的财产，同时也因为没有一个人比他对这特定物件有更好的所有权。

即使对于我们所讨论的、在其自然状态中的人类的描写没有其他反对意见，但在有一点上，这种描述是和我们所掌握的真凭实据严重地不一致的。可以看到，这些理论所假定的各种行为和动机是“个人”的行为和动机。为自己签署“社会契约”的，是每一个“个人”。这好象是一个移动的沙洲，而作为沙洲中的沙粒的是“个人”，按照霍布斯的理论，这些沙粒由于强力的锻炼凝固为社会岩石。在布拉克斯顿所描绘的图画中，“占有了它的任何一定的地点作为休息、居住以及类似目的之用”的，也是一个“个人”。它的缺点是：它必然要动摇从罗马“自然法”所传下来的一切理论。罗马“自然法”和“市民法”主要不同之处，是在于它对“个人”的重视，它对人类文明所作最大的贡献，就在于它把个人从古代社会的权威中解放出来。但是有必要再一次加以重复的就是“古代法律”几乎全然不知“个人”。它所关心的不是“个人”而是“家族”，不是单独的人而是集团。即使到了“国家”的法律成功地透过它原来无法穿过的亲族的小圈子时，它对于“个人”的看法还是和法律学成熟阶段的看法显著地不同的。每一个公民的生命并不认为以出生到死亡为限；个人生命只是其祖先生存的一种延续，并在其后裔的生存中又延续下去。

罗马人就“人法”和“物法”之间的区分，虽然是极端方便的，但却是完全人为的，这个区分显然促使我们在研究当前的主题时，离

开了真正的方向。当討論到“物法”（Jus Rerum）时，就把討論“人法”（Jus Personarum）中所得的教訓忘記了，当考虑到“财产”、“契約”以及“侵权行为”（Delict）等等时，好像从关于“人”的原始状态所确定的事实中，不能获得有关它們原始性質的暗示。如果一个純粹古法律制度可以放在我們的面前，并适用羅馬的分类来作为試驗，这种方法的无用是显而易見的。不久就可以看到，把“人法”从“物法”中分离出来，在法律的初生时代是毫无意义的，因为屬於这两个部門的規定是难解地錯杂在一起的，而后期法律家的区分只可能适用于后期法律学。本文开始时已經說过，可以推断，如果把我們的注意力限于个人的所有权，則就先天地極少可能对早期的财产史获得任何綫索。真正古代的制度很可能是共同所有权而不是各別的所有权，我們能得到指示的财产形式，則是些和家族权利及亲族团体权利有联系的形式。在这里，羅馬法律学不能對我們有所啓發，因为正是被自然法理論所改变后的羅馬法律学把下述的印象遺留給我們現代人，即个人所有权是正常状态的所有权，而人的集团所共有的所有权只是通則的一个例外。可是，凡是要探究原始社会任何已經消灭的制度的人，有一个共产体始終應該仔細地加以研究。对長期居住在印度的一支印度-欧罗巴系，这类原始制度即使曾經發生过重大变化，但我們發現它絕少完全拋棄它原来在其中長大的外面輪廓。在印度人中間，我們确实發現有一种所有权形式应立刻引起我們的注意，因为它完全符合我們研究“人法”中有关财产原始状态时要使我們接受的各种觀念。印度“村落共产体”一方面是一个有組織的宗法社会，另一方面又是共同所有人的一个集合。組成它的人們相互之間的个人关系是和他們的财产所有权不能辨別地混淆在一起的，英国官吏曾企圖要把两者加以分开，这种企圖被認為是英印統治中最惊人的失策。印度的“村落共产体”是被公認為非常古老的。不論

从哪一方面来深入研究印度历史，印度的一般历史或者地方史，在其历史發展的最早时期常常可以發現有这种“共产体”的存在。許多有才智的和善于觀察的著者，其中大部分的人对于这种“共产体”的性质和来源，都沒有任何理論的支持，但他們却一致同意認為它是一种最不容易摧毀的社会制度，它从来不願意把任何一个慣例加以革新。征服和革命不断地横扫而过，但是並沒有扰乱它或除掉它，在印度，凡是最好的政府制度似乎始終是把它承認为行政基础的那些政府制度。

成熟的羅馬法律以及紧接着它的足迹的現代法律学把共有制度看作財產权中一种例外的、暫时的状态。在西欧普遍流行着的格言：沒有人能違背其意志而被保留在共同所有制中（*Nemo in communione potest invitus detineri*），就明显地表示出这种見解。但是在印度，他們的想法恰恰相反，个别的所有制始終是朝着共同所有制的方向在發展。其过程已經在前面談到了。兒子一出世就已在父的財產中立即取得一种既得利益；当到达成年时，在某种偶然情況下，法律的条文甚至許可他要求分割家族財產。可是，在事实上，甚至在父死亡时，也絕少發生分家的，財產繼續被保留不分割有几代之久，虽然每一代的每一个成員对于財產中沒有經過分割的一个份額都各有一种合法权利。这样共有的領地有时由一个选任的管理人加以管理，但在一般情况下，在某些省份中，始終是由年事較高的宗亲、也就是由血族中最長一支系的最年長的代表来管理。这样一种共同財產所有人的集合，一个持有一个共有領地的亲族的集团，是最簡單形式的印度“村落共产体”。但是这个“共产体”不仅仅是一个因亲族的同胞之誼而結合起来的，也不仅仅是一种合伙的联合。它是一个有組織的社会，它不但管理着共有基金，并且通过一整套的官吏来管理着內政、警务、司法以及稅賦和公共义务的分配。

我在上面敘述的一個“村落共產體”的形成過程，可以視為典型的。但我們不能就因此而假定，在印度每一個“村落共產體”都是在這樣一種簡單方式里面結合起來的。雖然據我所知，在印度北部，在保存下來的記錄中，幾乎一成不變地表明“共產體”是由一種簡單的血親集合而成的，但記錄中也提供我們這種情況，即血親外的人也始終隨時可以參加進來，並且在某種條件下，只要是一個份額財產的買受人，一般地就可以被准許加入族內。在印度半島的南部，常常有一些“共產體”似乎不是由一個而是由二個或更多的家族發展而成的；也有些“共產體”的構成部分經公認是完全出於人為的；真的，有時在同一社會中聚合着屬於不同族籍的人們，這種情況對於一個共同祖先的假設是一個致命的打擊。但是在所有這些同族中，或者保留着一個共同祖先的傳統，或者有着這樣一個共同祖先的假定。蒙特斯圖亞特·愛芬斯吞（Mountstuart Elphinstone）曾經特別詳細描述過“南方村落共產體”（在其“印度史”第71頁中）。他這樣說：“一般人的看法是：村落的土地所有人都是開拓這個村落的一個或幾個個人的後裔；向原有族員購買或通過其他方法從原有家族成員取得權利的人，則是仅有的例外。這一個推定由下述事實加以証實，即直到現在，在小村落中，往往只有一個唯一的家族的土地所有人，大村落中的土地所有人往往也只有少數幾個家族；但每一個家族都有許多成員，以致全部農業勞動普通都是由土地所有人自己擔任的，不需要佃農或工人的幫助。土地所有人的權利是他們集體所有的，雖然他們幾乎始終可以取得其中或多或少一個完整的部分，但他們從來沒有發生過一次全部的分割。例如，一個土地所有人可以出賣或抵押其權利；但他必須首先取得‘村落’的同意，而買受人就恰恰抵充他的位置並負擔他的所有義務。如果一家沒有後裔，它的份額便應歸入共有財產中。”

本書第五章中提到的一些意見，我相信可以幫助讀者理解愛芬斯吞所談的重要性。沒有一種原始社會的制度可能會保存到今天，除非是通過某種生動的法律擬制使它取得了原來性質所沒有的的一種彈性。因此，“村落共產體”不一定是一種血親的集合，它或者是這類的一種集合，或者是根據一個親屬聯合的模型而組成的一個共同財產所有人的集體。和它可以相比擬的類型顯然不是羅馬的“家族”，而是羅馬的“氏族”或“大氏族”。“氏族”也是根據家族的模型而組成的一個集團；這是通過多種多樣的擬制而擴大的家族，這些擬制的確切性質已經湮沒不可考了。在歷史時期內，其主要的特点正就是愛芬斯吞在“村落共產體”中所談到的兩點。過去始終有一個共同祖先的假定，這個假定有時和事實顯然是有出入的；我們再重複一次歷史學家的話，“如果一家沒有後裔，它的份額便應歸入共有財產中”。在舊羅馬法中，無人主張的繼承權歸屬於“同族人”。凡是研究它們歷史的人們都這樣懷疑，認為“共產體”和“氏族”一樣，一般都由於允許族外人的加入而混雜，但“共產體”吸收族外人的確實方式，現在已無法確定。在現在，據愛芬斯吞告訴我們，“共產體”在取得族人同意後用接納買受人的方法而補充成員。然而，這個被收養成員的取得是屬於一種概括繼承的性質；隨着他所買受的份額，他同時繼承了賣主對集合體所負的全部責任。他是一個“家產買主”，他開始抵充某人的地位，也就繼承了他的法律身分。要接納他必須取得全族人的同意，這使我們回憶到“貴族民會”那些自命為親屬的較多族人所組成的“議會”、也就是古代羅馬共和政體所竭力堅持的同意，他們堅執地認為這種同意是使一個“收養”合法化和使一個“遺囑”獲得確認所必要的條件。

在印度“村落共產體”的每一個方面幾乎都可以發現一種極端古老的象徵。我們有極多的充足的理由來猜疑：法律初生時代的特点是，由於人格權和財產權的混雜不清以及公法義務和私法義

务的混淆在一起而流行着共同所有制，因此，即使在世界的任何其他部分都不能發現类似地混合的社会，我們应有正当理由从我們对于这些财产所有同族团体的考察中推論出許多重要的結論来。在欧洲有一些部分其财产权很少受到封建变化的影响，在許多其他重要方面它和东方世界的关系也象和西方世界一样密切，在这些部分中，恰巧有一套类似的現象在最近引起了許多热切的兴趣。哈克索孙 (M. de Haxthausen)、頓戈波斯基 (M. Tengoborski) 以及其他人的科学研究告訴我們，俄罗斯的村落并不是人們的偶然集合，也不是根据契約而組成的联合体；它們是和印度那些村落一样天然組織起来的共产体。誠然，这些村落在理論上始終是某些貴族所有人的世襲财产，农民从历史时期起就已变成領主的附屬于土地的农奴，在很多情况下，并成为領主个人的农奴。但这高貴的所有制的压力从来沒有把古代的村落組織加以破坏，而且很可能，这个假定为把农奴制介紹来的俄罗斯沙皇，他在制定法律时的真正意圖是在防止农民舍棄那种合作，因为沒有这种合作，旧的社会秩序是不可能長期維持的。在俄罗斯“村落”中，村民之間是假定有一种宗亲的关系的，人格权和所有权是混杂在一起的，在內政方面亦有多种多样的自發規定，这一切就使它几乎完全和印度“共产体”重复；但是有一个重要的不同之点，是我們極感兴趣的。一个印度村落的共同所有人，虽然其财产是混在一起的，但他們有其各別的权利，而且这种权利的分割是完全和无限制地繼續着的。在一个俄罗斯村落中，权利的分割在理論上也是完全的，但只是暫时的。在一定的、但并不是在所有情况中都是同样的时期終了后，各別的所有权即告消灭，村落的土地就集中在一起，然后在組成共产体的家族中按照人数重行分配。这种再分配实行后，家族的和个人的权利又被分成为各个支系，作为再一次分配时期到来之前繼續遵循的根据。还有一种所有权更奇特的变形發生在

某些國家中，這些國家長期成為土耳其帝國和奧地利皇室領土之間的一塊爭執的土地。在塞爾維亞(Servia)、在克羅西亞(Croatia)以及在奧地利的斯拉窩尼亞，各種村落也都是由既是共同所有人又是親屬的人們集合而成的；但在那里，共產體的內部安排和以上兩個例子中所提到的有所不同。在這一例子中，共有財產的內容不但在事實上不分割，並且在理論上也認為是不能分割的，全部土地由所有村民的聯合勞動耕種着，農產物每年在各家村民中分配一次，有時按照各家假定的需要，有時按照規定而以一定份額的用益權給與各別的人。東歐的法學家都認為所有這些實踐都可追溯到一個據說在最古的斯拉夫法律中可以找到的原則，就是家族財產不能永久分割的原則。

在以上研究中發現的這些現象所以會引起人們的極大興趣，主要是它使我們得以了解原來持有財產的團體內部的各別所有權的發展情況。我們有強有力的理由，認定在某一個時期中，財產不屬於個人、甚至也不屬於各別的家族，而是屬於按照宗法模型組成的較大的社會所有；從古代所有權轉變到現代所有權的方式，雖然還是十分模糊的，但是如果幾種顯著的“村落共產體”形式沒有被發現並加以研究的話，則可能還要更加模糊。在印度-歐羅巴血統的民族中間，過去可以看到，或者至今還可以看到一些宗法團體，其中各式各樣的內部安排是有加以注意的價值的。據說，未開化的蘇格蘭高原部族領袖經常每隔一個短時期、有時甚至是逐日把食物分配給其管轄下各家庭的家長。奧地利和土耳其省的斯拉夫村人也由他們團體的長輩作定期分配，但在这里，是把全年全部農產物一次分配的。可是在俄羅斯村落中，財產的實體已不再被視為不可分割的，各別的對於財產的要求准許自由提出，但在这里，分割的進程在繼續一定的時期以後即斷然停止。在印度，不但沒有共有財產的不可分性，並且共有財產的各個部分所具有的各別

的财产所有权得无限制地延長，并分为任何数量的派生所有权，但是公有财产的“事实上”的分割則为根深蒂固的習慣所阻止，也为反对在未經族人同意时接納族外人的規定所阻止。当然，我們并不想坚持这些不同形式的“村落共产体”可以代表到处都以同样方式完成的一种变化过程中的各个阶段。虽然証据并不允許我們前进过远，但是我們如果認為，就我們所看到的那种形式的私有财产权，主要是由一个共产体的混合权利中逐步分离出来的各别的个人权利所組成的，这种猜度，并不能說是完全毫无根据的臆測。我們在研究“人法”时，似乎可以看到“家族”擴張而成为亲屬的“宗亲”集团，然后，“宗亲”团体分解而成为各个的家；最后，家又为个人所代替；現在可以提出这样的意見，即在这个变化中每一个步驟相当于“所有权”性質中一次类似的改变。如果在这个意見中有任何真理的話，可以看到，它在實質上影响了有关“财产”起源的理論家一般都向他們自己提出的問題。他們最急切需要解決的問題——也許是一个无法解決的問題——是：最初引起人們相互尊重他人的所有物，其动机究竟是什么？這個問題也可以用这种形式来表現，虽然也很少希望能为它找到一个答案，即研究一下使得一个混合团体和其他混合团体的領地离开的原因。但是，私有“财产”史中最最重要的一章如果真是它的逐漸从亲屬共同所有权中解除出来，那末，需要研究的主要之点，就和在所有历史法律学門口所要遇到的問題完全相同——即原来促使人們团結在家族联合体中的动机究竟是什么？对于这样一个問題，如果没有其他科学的帮助，單靠法律学是不能提出一个答案的。这个事实不得不加以注意。

古代社会的财产是不分割的，但这种状态是和当任何單獨的一部分完全从集团遺產中分离出来时就立刻表現的一种特殊鮮明的分割，是不相矛盾的。这种現象的产生，无疑地是由于财产經分割后，就成为一个新的团体的所有物，因此，在已經分离的状态下，

如果要和它發生往來，就成為兩個高度複雜團體之間的一種交易了。我已經就各集合體的大小和複雜程度等方面，把古代法和現代國際法加以比較，這些集合體的權利和義務古代法里都有規定。古代法中的契約和讓與既然不是以單獨的個人而是以有組織的人的團體為當事人，這些契約和讓與就有高等的儀式；它們需要多種多樣象徵性的行為或言辭，其目的是使整個交易能深深地印在參與儀式的每一個人的記憶中；它們並且要求一個很大數目的証人到場。從這些特點以及類似的其他特點產生了古代財產形式上普遍存在着的頑強性。有時，家族的遺產是絕對不可讓與的，像斯拉夫人的情形，更通常的是，雖然讓與不一定完全非法，但象在大部分的日耳曼部落中那樣，讓與在實際上幾乎是不能實行的，因為要移轉就必須取得多數人的同意。在這些障礙並不存在或是能夠克服的地方，讓與行為的本身一般都為一大套不能有絲毫疏忽的儀式所重累着。古代法一致拒絕廢除一個單獨動作，不論它是如何地荒誕；一個單獨的音節，不論其意義可能是早已被忘卻了；一個單獨的証人，不論他的証詞是如何地多余。全部的儀式應該由法律上所規定的必須參加的人們毫不苟且地加以完成，否則讓與便歸無效，而出賣人亦恢復其權利，因為他移轉的企圖並未生效。

對使用物件和享有物件的自由流通所加的種種障礙，只要社會獲得極為細微的活動時，就會立刻被感覺到，前進中的社會就竭力用種種權宜手段來克服這些障礙，這就形成了“財產”史中的材料。在這些手段中，有一個更重要，因為它更古老和普遍。把財產分為許多類別的想法，似乎是大多數早期社會中自發地產生的。有一種或一類的財產放在比較不貴重的地位上，但在同時却免除了古代加在它們上面的種種拘束。後來，適用於低級財產移轉與繼承的規定，其高度的便利逐漸被一般人所承認，在經過了一個漸進的改革過程後，比較不貴重一類的有價物的可塑性就傳染給

傳統上地位較高一級的各類物件。羅馬“財產法”的歷史就是“要式交易物”和“非要式交易物”同化的歷史。在歐洲大陸上的“財產”史是羅馬化的動產法消滅封建化的土地法的歷史，雖然在英國所有權的歷史還沒有接近完成，但已可以看出，動產法是在威脅着要併吞和毀滅不動產法。

享有物件的唯一自然分類，即能符合物體中實質區分的唯一分類，是把它們分成為“動產”和“不動產”。這種分類雖是法律學中所熟悉的，但它是羅馬法慢慢地發展而得來的，並且直到羅馬法的最後階段才被採用。我們現在的分類就是從羅馬法得來的。“古代法”的分類有時在表面上和這個分類很相類似。古代法分類偶然地把財產分為各個範疇，並把不動產作為其中的一項；但是後來發現它們或者把許多和不動產毫無關係的物件歸在不動產之內，或者把它們從和它們有極密切關係的各種權利中強行分出來。這樣，在羅馬法中，“要式交易物”不但包括土地，並且也包括奴隸和牛馬。蘇格蘭法律把某種抵押物和土地列在一起，印度法則把土地和奴隸聯繫起來。在另一方面，英國法律把多年的土地租賃和土地上的其他利益分列，並把前者用動產物（chattels real）的名義併入動產之內。更有進者，“古代法”的分類是含有貴重和低賤之意的分類；動產和不動產之間的區分，至少以羅馬法律學而論，實在並不具有尊鄙的意思。“要式交易物”最初的確要比“非要式交易物”优越些，正象蘇格蘭的可繼承財產和英格蘭的不動產优越於和它們相對的動產一樣。研究一切制度的法律家都不辭勞苦，力求以某種易解的原則來說明這些分類；但在法律哲學中去尋求劃分的理由，結果必然是徒勞無功；它們不屬於法律哲學而屬法律歷史。可以用來概括絕大多數事例的解釋是，比其餘享用物貴重的享用物，一般都是每一個特定社會最初和最早知道的，因此也就着重地用“財產”的名稱來尊重它們的那些形式的財產。在另一方

面，所有不列入愛好的物件中的物品都被列在較次的地位，因為關於它們價值的知識是肯定在貴重財產目錄已經確定之後。它們在最初是不為人們所知道的，稀少，用途有限，再不然就被認為是特權物件的附屬物。這樣，羅馬“要式交易物”雖然包括了許多極有價值的動產，但價值最高的寶石仍舊是從來沒有被列入“要式交易物”項內，因為它們是古羅馬人所不知道的。同樣地，在英國，動產物據說已下降到動產的地位，因為在封建土地法下，這類地產是不常見的，並且是毫無價值的。但最饒有興趣的是，這些商品繼續降格，正當其重要性已有增加、其數量已有增多時。為什麼它們沒有繼續被包括在愛好的享有物件中呢？理由之一，是由於“古代法”固執地墨守着它的分類。凡是沒有受過教育的人和早期社會都有這樣一個特點，他們除了在實際上所熟悉的特定應用之外，一般都不能想出一條通用的規則。他們不能從日常經驗中遇到的特殊事件中分析出一個通用的名詞或通用的格言；這樣，包括為我們所熟知的各種形式財產的名稱，就被拒絕適用於和它們完全類似的其他享有物件和權利主體上。對象法律那樣穩定的主題發生了特別的力量，後來又添加了其他更適合於文明進步以及一般適宜概念的影響。法院和法律家終於對愛好商品的移轉、回復或遺傳中所需要的各種令人困惑的手續程序，感到不便，於是便也不願把作為法律幼年時代特點的專門束縛加於新的各類財產之上。因此就產生了一種傾向，把這些最後發現的物件在法律學安排中列在最低的地位，只通過較簡單的程序就可以移轉，比較古代的讓與簡便了許多，不再用來作為善意的絆腳石和詐欺的進身階了。我們也許有低估古代移轉方式的不便的危險。我們的讓與證書是書面的，其中的文字既經職業起草者審慎推敲過，在正確性上就絕少存在着缺點。但是一個古代讓與不是用書面的，而是用行動的。動作和口語代替了書面專門語法，任何公式被誤讀了或是象徵的行為

被遺漏了，就可能使程序歸于無效，正如二百年前在敘述使用權或發表殘余財產權中發生一個重大錯誤時，就使一個英國契據歸于無效一樣。真的，古代儀式的害處，上面所說的僅及其半。假使只在土地的移轉中需要有書面的或行為的精確讓與，由於這類財產絕少在極匆忙之中予以處分，在移轉時發生錯誤的機會是不會多的。但是古代世界中所謂高級財產不但包括土地，並且也包括幾種最普通和幾種最有價值的動產。當社會一經開始很快地運動時，如果對於一匹馬或一头牛，或對於古代世界最有價值的可移動之物——“奴隸”——都需要高度地錯綜複雜形式的移轉，必將感到很大的不便。這類商品一定常常是、並且甚至於原來是用不完全的形式來讓與的，因此也就在不完全的名義下持有它們。

古羅馬法中的“要式交易物”是土地——在有史時期，指意大利疆土內的土地，——奴隸以及負重的牲畜，如牛和馬。毫無疑問，構成這一類別的物件都是農業勞動的工具，對於一個原始民族很重要的商品。我猜想，這類商品最初稱為“物件”或“財產”，而它們移轉的讓與方式稱作“曼企帕因”或“曼企帕地荷”；但可能要直到很後的時期，它們才接受了“要式交易物”的特別名稱，所謂“要式交易物”，就是“需要一次‘曼企帕地荷’的物件”。可能除此以外，存在着或產生了有一類的物件，這些物件是不值得堅持採用全部的“曼企帕地荷”儀式的。當這些物件由所有人移轉給所有人時，只須進行通常手續程序的一部分，這一部分就是實際送達、實物移轉或交付，這是一種財產所有權變更的最明顯的標誌。這類商品是古代法律學中的“非要式交易物”，即“不需要一次‘曼企帕地荷’的物件”，這些物件在起初可能很少被重視，並且也不常從一個團體的所有人移轉給另一團體的所有人的。可是，“要式交易物”的目錄雖是不可改變地定下來了，但“非要式交易物”的目錄却在無限制地擴大；從此，人類對物質自然每一次新的征服就在“非要

式交易物”上添加了一个新的項目，或在那些已經公認的項目中实行一次修改。因此，它們就不知不覺地提高到和“要式交易物”处于平等的地位，一种固有的低級的印象就这样逐漸消失，人們也就看到了在他們移轉时，如果用簡單的手續，比較采用复杂和严肃的仪式有更多的利益。法律改良中的两个媒介即“拟制”和“衡平”就被羅馬法律学專心一致地运用着，使得“交付”能具有“曼企帕地荷”的实际效果。同时，虽然羅馬立法者長期不敢制訂法律，規定“要式交易物”中的財產权可通过簡單的物件送达而立即移轉，但甚至这样一个步驟，最后也为查斯丁尼安大胆地做了，在他的法律学中，“要式交易物”和“非要式交易物”之间的区别已完全消失，“交付”或“送达”成为法律所承認的最大让与。羅馬法律家很早就对“交付”有显著的偏爱，这种偏爱使他們在理論中分配給“交付”一个特殊地位，使現代学生們无法看到其真正 的历史。“交付”被归类在“自然的”取得方式中，一方面因为它在意大利各部落中普遍地应用着，另一方面因为它是能通过最簡單机构来达到其目的的一种过程。如果把法学专家的言語簡要地加以重述，无疑地包含着：屬於“自然法”的“交付”比“曼企帕地荷”还要古老，因为“曼企帕地荷”是一个“市民社会”的制度；我認为不消說得，这一点是恰恰和事实相反的。

“要式交易物”和“非要式交易物”之間的区分是一种有功于人类文明的区分，这种区分涉及全部商品，它把商品中的一小部分归入一类，而把其余的列入較低級的一类。各种低級的財產，由于蔑視和忽視，首先从原始法律所喜爱的复杂仪式中釋放出来，此后，在另一种智力进步的状态下，簡單的移轉和恢复方法便被采用，作为一个模型，以它的便利和簡單来非难从古代傳下来的繁重仪式。但是，在有些社会中，財產所受到的束縛是过分地复杂和严密，不能輕易地得到放松。当印度人生出男性的子嗣时，象我已經說过的

印度的法律便使他們都在父的財產中取得一種利益，并使他們的同意成为財產讓与的一个必要条件。古日耳曼民族的一種通例具有同樣的精神——值得注意的是，盎格魯-撒克遜的習慣似乎是一個例外——，它規定在未經取得男性子嗣同意前禁止讓与財產；斯拉夫人的原始法律甚至完全禁止讓与。很明显，这一类的障碍是不能用在各种財產之間加以区分的方法来克服的，因为困难涉及所有各类商品；因此，当“古代法”一度开始向改进的道路發展时，就用另外一种性質的区分来克服这种障碍，这种区分不是按照財產的性質而是按照其淵源来分类。在印度，就有两种分类制度的遺迹，我們現在考虑的一种可以用印度法在“繼承財產”和“取得物”之間建立的区分来例証。父的繼承財產在其子出生时即為他們所分有；但按照大多数省分的習慣，他本人在世时取得的則完全为他个人所有，并可以由他任意移轉。羅馬法中有一种类似的区分，这是对“父权”最早的一种改革，它允許子把他在軍役中所获得的物件归他自己所有。但这种分类方法，在日耳曼人中得到最广泛的应用。我曾反复地說过，自主地虽然并非不可讓与，但一般必須經過很大的困难才可以移轉；而且，自主地只可以遺傳給宗親屬。于是，非常多种多样的区分便被承認了，都企圖消灭和自主土地分不开的各种不便。例如，杀害親屬和解費（wehrgeld）在日耳曼法律学中占有很大的地位，却并不成为家族領地的一部分，并且根据完全不同的繼承規則而遺傳。同样的，寡妇再醮时所課的罰金（reipus）也不併入它所給付的人的自主地之內，在移轉时，并且也可以不理會宗親的特权。日耳曼的法律也象印度人的法律一样，把家長的“取得物”和“繼承”財產区分开来，准許他在十分自由的条件下处理其“取得物”。其他种类的分类也是被承認的，常見的是土地与动产的区分；但是在动产項下还被分成几个附屬的类别，每一类都适用一种不同的規則。象征服羅馬帝国的日耳曼人

那样未开化的民族竟会有这样丰富的分类，我們在初看起来似乎是很奇怪的，但这无疑地是由于他們的制度中有相当数量的羅馬法成分，这些都是他們長期寄居于羅馬領土边境的时期內吸收的。对于自主地以外各种商品的移轉和遺傳的規定，我們可以毫无困难地發現其中許多来自羅馬法律学，这些都可能是他們在非常長的时间內零零星星地从羅馬法律学中借用来的。究竟阻碍財產自由流通的障碍通过了这类手段能克服到何种程度，我們无法加以猜度，因为这些区分已在現代历史上消失了。我在前面已解釋过，自主地形式的財產在封建时期已完全消灭了，并且当封建制度一經巩固后，西方世界所有各种区分在实际上只有一种还留存着——就是土地和物件、不动产和动产之間的区分。在外表上，这个区分和羅馬法在最后采用的那种区分相同，但中世紀的法律和羅馬法律在有一点上是显然不同的，这就是中世紀的法律認為不动产比动产更加高貴。这一个例子，就足以証明它所屬的一类方法的重要性。在以法兰西法典为其制度的基础的一切国家中，也就是在欧洲大陆的絕大部分国家中，始終是来自羅馬法律的动产法代替了和廢棄了封建的土地法。英国是唯一的重要国家，在那里这种变化虽然已有进展，但并没有接近完成。應該进一步說明，我国也是唯一重要的欧洲国家，在其中，动产和不动产的分开受到了在过去曾促使古代分类乖离了唯一合乎自然分类的同一种影响的扰乱。英国的分类在大体上是分为土地和物件；但某种物件被作为繼承动产(heir-loom) 和土地列在一起，某种土地上的利益則由于历史上的原因又和动产平列。英国法律学站在法律变化的主流之外，重复着古代法律的現象，这里所說的并不是唯一的事例。

因为本文的范围只許可提到那些極古的方法，我要再談一二个方法，通过了这些方法，古代人对于財產所有权所加的种种束縛多少放松了一些。特別是其中的一种必須加以詳細討論，因为凡

是不熟悉早期法律史的人都不会很容易地相信：现代法律学非常迟缓并且经过了极大困难才获得承认的一条原则，却在法律科学很幼年时代就非常熟悉了。在一切法律中，现代人最不愿采用并不愿使它产生合法后果的原则，就是罗马人所知的“时效取得”和在“时效”的名义下一直传到现代法律学的原则，虽然这个原则是有它有利的性质的。最古罗马法上有一条明定的规则，比“十二铜表法”更古老，它规定：凡是曾被不间断地持有一定时期的商品即成为占有人的财产。占有的期间是极短促的——一年或二年，根据商品的性质而定——，在有史时期内，“时效取得”只在用一种特殊方式开始占有时才能准许有效；但我以为在一个较不进步的时代，比我们在权威著作中所读到的更不严格的条件下，占有也很可能变成所有权。我在前面已经说过，我决不主张人类对于事实上占有的尊重是法律学本身所能说明的一种现象，但有必要说明的是，原始社会在采用“时效取得”原则时，并没有被曾经阻碍现代人接受这原则的那些纯理论的疑虑和躊躇所困惑。现代法律家对于“时效”的看法，起先是嫌恶，后来则是勉强赞成。在有几个国家中，包括我们自己的国家在内，立法长期不愿越过这样一个旧的方法而前进一步，根据这个旧的方法，凡是在过去一个指定的时期以前、一般是前一个朝代的的第一年以前遭受损害而提出的诉讼，一概不予受理；直到中世纪最后结束、詹姆士一世 (James the First) 继承英格兰王位，我们才获得了一种很不完全的真正的时限条例。现代世界对罗马法中这最著名的一章、而且无疑是欧洲大多数法律家经常谈到的一章竟会这样慢才加以采用，主要是由于受到“寺院法”的影响。“寺院法”是从宗教习惯产生出来的，这些宗教习惯既然关心着神圣或准神圣的利益，就很自然地认为它们所赋与的特权不能因长期不用而丧失；按照这个见解，宗教法律学在后来巩固时，就以明显地反对“时效”著称。“寺院法”被教会法律家用作世俗

立法的范本，對基本原理就發生了特殊影響。“寺院法”給予全歐洲形成的各式各樣習慣的明確規定，其數量遠不及羅馬法所給予的多，但它在許多基本問題上似乎已經給了職業意見以一種偏向，而這樣產生的傾向又隨着每個制度的發展而不斷地增加力量。它產生的傾向之一就是對於“時效”的嫌惡；但是，如果不是和實在派經院法學家的學理相同，我以為這種偏見是決不會象它現在那樣有力的。這些經院法學家認為：不論實際立法如何變動，凡是一種權利，縱使經過長期的忽視，在實際上是不可毀滅的。這種想法的殘余，到現在依舊存在。凡是熱誠討論法律哲學的任何地方，對於“時效”的理論基礎問題，總是熱烈地進行爭辯的。在法國和德國，如果一個人已經有許多年喪失了占有，究竟應作為其怠忽的處罰而剝奪其所有權呢，還是由於法律希望結束訴訟（*finis litium*）而通過簡單仲裁使其喪失所有權，仍舊是一個極有興趣的問題。但是在古代羅馬社會中，人們就沒有受到這種猶豫不決的困擾。羅馬的古代慣例對於在某種情況下喪失占有達一二年的任何人，就直接剝奪其所有權。“時效取得”的這個規定，在它最古代形式下，其確切性質究竟是怎樣的，很不容易說明；但是，就我們從書本中所看到和它附着在一起的種種限制，可知“時效取得”實在是一種最有用的保障，用以防止過於繁雜的一種讓與制度所有的各種害處。為了得到“時效取得”的好處，他主占有在開始時必須是善意的，換言之，即占有人必須認為他是合法地取得財產；其次，商品移轉給他時所採用的形式雖然在這特定情況中不一定要等於是是一個完全的權利的賦與，但至少是應該為法律所承認的。因此，在一個“曼企帕地荷”的情形中，不問履行是如何的草率，但只要在履行中已經包括了一種“交付”或“送達”，則權利上的缺點就可以因至多兩年的“時效取得”而矯正。在羅馬人的實踐中，我認為他們對於“時效取得”的利用，最有力地證明他們的法律天才。他們所感到苦

恼的困难，几乎正是英国法律家过去曾經和現在仍旧感到窘迫的困难。由于他們的制度的复杂性，这是他們一直沒有勇气也沒有力量加以改造的，实际上的权利常常和理論上的权利相脫离，衡平上的所有权則和法律上的所有权相脫离。但是法学專家制訂的这个“时效取得”提供了一个自动的机械，通过了这个自动机械，权利的缺陷就不断得到矯正，而暫時脫离的所有权又可以在可能極短的阻碍之后重新迅速地結合起来。直到查斯丁尼安改革之前，“时效取得”一直沒有失掉其好处。但法律和衡平一經完全混合、羅馬人不再用“曼企帕地荷”作为讓与时，这古代的方法已失去必要，而“时效取得”在相当地延長的时期后，就成为“时效”，它最后几乎为所有現代法律制度所普遍采用。

我将簡單地提一提另外一种方法，它和上面所提到的一种方法具有同一的目的，它虽然沒有立即在英国法律史中出現，但在羅馬法中却是历史非常悠久的。有些日耳曼民法学家对英国法律中类比这个問題所提供的綫索沒有足够地注意，竟認為它甚至早于“曼企帕地荷”，这足証它的明显年代。我要談到的是“拟訴棄权”(Cessio in Jure)，即在一个法院中，对于要求讓与财产的一种串通回复。原告用一种普通形式的訴訟請求訴訟标的；被告缺席；商品就当然地被判給原告。我毋庸提醒英国法律家，这个方法也曾为我們的祖先所想到，并产生了著名的“罰金”和“回复”，大大地解除了封建土地法最严酷的束縛。这种羅馬人的和英国人的方法有很多相同之点，并且最有啓發地相互例証。但在这两者之間还是有区别的，英国法律家的目的是解除存在权利中的各种糾葛，而羅馬法学專家則是在用一种必然地无可非議的移轉方式来代替常常失誤的移轉方式，用它来防止糾葛。实际上，这种办法是“法院”正常地进行工作时自行發現的办法，但無論如何仍旧逃不出原始观念的支配。当法律观点在前进状态中时，法院認為串通的訴訟

是訴訟程序的一種濫用；但始終存在這樣一個時期，當法院的形式被謹慎地遵守着時，法院就決不會夢想再有所求了。

法院及其訴訟手續對“財產”的影響是很廣泛的，但這個問題已超過了本文的範圍，並將使我們深入到後期的法律史，這也和本文的計劃是不相一致的。但有必要提一下，“財產”和“占有”間區分之所以重要，就是由於這種影響——並不是區分的本身，這（用一個著名英國民法學家的話）和對物所有的法律權利和對物所有的實際權力間的區分，是完全相同的——而是它在法律哲學中所獲得的非常重要性。凡是受過教育的人決不會沒有從法律著作中聽到過羅馬法學專家在“占有”這個問題上長時期來發生的一些極端混亂的意見，而薩維尼天才的得到證明，主要就在於他發現了這個謎語的解答。事實上，羅馬法律家所用的“占有”似乎含有一種不容易說明的意義。這個名詞從其字源上看，原來一定含有實體接觸或可以任意恢復的實體接觸之意；但在實際應用上如不加任何形容詞，它的含義不僅僅包括實體強留，而是實體強留加上了要把物件保留為自己所有的意向。薩維尼跟隨着尼布爾，認為這個變例只可能有一個歷史淵源。他指出，羅馬的“貴族”市民在付出名義租金而成為絕大部分公共領地的佃農時，在古羅馬法的見解中，他們只是占有人，但他們當時是一些意圖保持他們的土地而抗拒一切外來者的占有人。其實，他們所提出的請求，幾乎和最近在英國由“教會”土地的承租人所提出的請求，完全相同。他們承認在理論上他們是國家的任意佃農（tenants-at-will），但又認為時間和安全的享有使他們的持有成熟而成為一種所有權，如果為了要重行分配領地而排斥他們，那是不公正的。這種請求和“貴族”租地的聯想永遠影響着“占有”的意義。同時，佃農如果被排斥了或受到了擾亂的威脅時，他們所能利用的唯一法律救濟，是“占有禁令”（Possessory Interdicts），這是羅馬法中的簡易訴訟程序，

是“裁判官”为了要保护他們而明白制定的，或者，根据另外一种理論，是在較早时代用以临时保持占有以待法律权利問題的最后解决。因此，不难了解，凡是作为自己所有而占有财产的人，就有权要求“禁令”，并且通过一种高度人为的辯訴制度，使“禁令”程序能用以处理一个爭执占有的冲突請求。接着就开始了一种运动，而这种运动正象約翰·奧斯丁先生所指出的，在英国法律中恰恰重复地發生。財產所有人（domini）宁願采用形式比較簡單方法比較迅速的“禁令”，以代替手續程序迟滞而复杂的“物权訴訟”（Real Action），并且为了能利用这种占有救济，財產所有人竟借助于假定是包括在其所有权之中的占有。容許不是真正的“占有人”而是“所有人”的人們能自由利用占有救济以証实其权利，在起初虽可能是一种恩賜，但最后使英国和羅馬法律学發生了严重退化的效果。羅馬法，在“占有”問題上發生了各种复杂难解之处，使它为人們所不信任，而英国法，在适用于回复不动产的訴訟陷入了最无希望的混乱状态后，終于不得不用一种果断的救济办法来把全部混乱一扫而光。近三十年来英国在实質上已把物权訴訟加以廢除，沒有人怀疑，这是一件公認的好事，但是对于法律学的調和有敏感的人們仍将慨歎地認為，这样我們不但沒有澄清、改进和簡化真正的所有权訴訟，反而牺牲了这些所有权訴訟而讓位于占有的勒迁之訴（possessory action of ejectment），这样使我們的全部土地回复制度完全建筑在一个法律拟制上。

法院也用区分“法律”和“衡平”的方法来有力地帮助形成和改变有关財產所有权的各种概念，法律和衡平間的区分在最初出現时通常表現为管轄权上的区分。在英国，可以衡平的財產只是受“衡平法院”管轄的財產。在羅馬，“裁判官告令”采用新的原則时在外表上往往是用允許在某种情况下可以提出一种特殊訴訟或一种特殊抗辯的形式；因此，羅馬法上的可衡平財產（property in bo-

nis)是以“告令”为根据的完全由救济方法保护的财产。保全衡平权利、使不因法律所有人的请求而废止的机构,在两种制度中似乎略有不同。在我们的制度中,它们的独立性靠“衡平法院”的“禁状”而保全。在罗马制度中,既然“法律”和“衡平”还没有巩固,并且由同一法院执行,就不需要“禁状”,只须“高级官吏”简单地拒绝把“市民法所有人”能凭而获得在衡平法上属于别人的财产的那些诉讼和抗辩给与他们即可。但两个制度在实际的执行上,是几乎相同的。它们都用了不同的手续程序,以一种暂时成立来保存新的财产形式,直到这种新的财产形式为全部法律所承认。用了这种方法,罗马“裁判官”以一种即时的财产权给与因仅仅送达而取得“要式交易物”的人,不必等待“取得时效”的成熟。同样,他及时承认最初仅作为一个“受托人”或受寄人的抵押权人,以及“永佃人”(Emphyteuta)或偿付一定永久佃租的佃农,有所有权。和这个发展过程相平行,英国衡平法院为“抵押人”、为“信托受益人”(Cestui que Trust)为享有特种授产的已婚妇女,以及为还没有获得一种完全法律所有权的“买受人”,创设一种特殊的所有权。在这一切事例中,显然是新的所有权形式被承认了并保存了。但是,在英国和罗马,“财产”间接地受到衡平影响的,真不下千百种之多。衡平的著者利用他们手中掌握的有力工具,向法律学的各个角落里推进,他们必然地要遇到、触及并且多少在实质上改变财产法律。在前面我谈到某些古代法律特点和方法曾有力地影响着所有权的历史时,我的意见应被理解为,它们的最大影响是在把改进的暗示和提示注入到衡平制度制造者所呼吸的精神空气中。

但是要描述“衡平法”对“所有权”发生的全部影响,就必须把它的历史一直写到我们现在为止。我所以提到它,主要因为有几位可尊敬的当代著者曾以为:从罗马人把“衡平”财产从“法律”财产中分离开来这件事情中,我们获得了使中世纪法律对于“所有权”

持有的概念顯然有別于羅馬帝國法律所持有概念的綫索。封建時代概念的主要特點，是它承認一個雙重所有權，即封建地主所有的高級所有權以及同時存在的佃農的低級財產權或地權。有人認為這種雙重所有權非常象羅馬人把財產權概括地區分為公民的或法律的，以及（用一個後來的名詞）有使用權的（Bonitarian）或可衡平的。該雅士也把完全所有權分裂為兩個部分作為羅馬法律的一個特點，與其他民族所熟悉的完全或自主財產所有權成為明白的對比。誠然，查斯丁尼安把完全所有權重新合而為一，但蠻族在這樣許多世紀中所接觸到的是西羅馬帝國經過部分改革的制度而不是查斯丁尼安的法律學。當蠻族居留在帝國的邊緣上時，很可能他們學到了這種分劃，後來便產生了顯著的後果。我們雖然同意這種理論，但無論如何必須承認，在各種蠻族習慣中所含有的羅馬法因素到現在為止，還研究得很不完全。所有解釋封建制度的各種錯誤的或不充分的理論，在它們相互之間有一點類似的傾向，就是忽略了包含在封建制度結構中的這種特殊要素。在這個國家中為一般人所追隨的前輩研究者，都特別着重封建制度逐漸從長成到成熟這個混亂期間內的各種情況；後來，在已經存在的那些錯誤中又加添了一個新的錯誤的來源，這就是民族驕傲，它使日耳曼的著者過分夸大其祖先早在他們來到羅馬世界之前就已建立起了的社會組織的完整性。有一二位英國研究者雖能從正確的方向來尋求封建制度的基礎，但他們的考察仍舊沒有得到任何可以令人滿意的結果，這或者是由於他們過於專心地從查斯丁尼安的編纂中尋求類比，或者由於他們把注意力局限於現在被發現附在現存的蠻族法典上的羅馬法綱要上。但是，如果羅馬法律學的確對蠻族社會有任何影響，則絕大部分影響的產生應該在查斯丁尼安立法以前，也就是這些綱要着手編輯之前。我認為，在蠻族慣例這個瘦削的骨骼上被以肌肉的，不是經過改革的和經過提煉的查斯丁尼安法律

學，而是流行在西羅馬帝國的以及東羅馬帝國民法大全所沒有能代替的未經整理的體系。變更的發生，應該假定在日耳曼部落作為征服者而占有羅馬領土的任何部分之前，因此，也就是遠在日耳曼君主為供羅馬臣民之用下令起草羅馬法輯要之前。凡是能体会到古代法律和發達的法律之間的差別的每一個人都會感覺到這類假定的必要。遺存的蠻族法律雖然是粗糙的，但從它們純粹源自蠻族的理論來看，還不是太粗糙的；我們也沒有理由認為我們在文字記錄中所看到的已超過了當時在勝利部落的成員自己中間所實行的各種規定。如果我們能有辦法使我們相信在蠻族制度中已經存在着已貶低了價值的羅馬法的大量成分，則我們就有可能解除一個嚴重的困難。征服者的日耳曼法律和其臣民的羅馬法律恐不可能合併起來，如果在這兩種法律相互之間不具有比精煉法律學和蠻族習慣中間通常有的更多的亲和力的話。很可能，蠻族的法典在表面上雖然很古，卻只是真正原始的慣例和半省略的羅馬規定的一種混合物，正是這種外國原素使它們和羅馬法律學能合併起來，而當時的羅馬法律學其精緻程度也已稍遜於西羅馬帝國諸皇帝治下所獲得的了。

雖然這一切都應該承認，但是卻有幾種理由使封建形式的所有權不象是羅馬的雙重所有權所直接提示的。法律上的財產權和衡平的財產權之間的區別，看起來很微妙，極少可能為蠻族所理解；更有進者，除非“法院”已經正常進行工作，這是很難被人懂得的。但反對這理論的最強有力的理由是，在羅馬法中存在一種形式的財產權——這的確是“衡平”的一種產物——可以用來非常簡單地說明從一套思想轉變到另一套思想的過渡。這種財產權就是“永佃權”（*Emphyteusis*），雖然關於它把封建所有權介紹到世界上來時所作出的確切助力，我們知道得很少，但中世紀的“封地”，就常常是建築在這上面的。“永佃權”雖在當時也許還沒有以它的

这个希腊名称为人所知道，但却的确标志着最后引导到封建主义的一种思潮中的一个阶段。在罗马史中，第一次提到大地产，是在我们研究到罗马的贵族财产时，其规模之大绝非一个“家父”连同其子嗣和奴隶全家所能耕种的。这些大财产所有人似乎完全不知道有自由佃农耕种的制度。他们的大地产 (latifundia) 一般都是由奴隶队在监工之下进行工作，监工本身可能是奴隶或自由人；当时试行的唯一组织，就是把低级奴隶分成为许多小团体，使他们成为较好的和较可信任的那些奴隶的特有产，因而也就使那些较好的和较可信任的奴隶关心他们的工作效率。可是，这类制度对于有一种土地所有人即“市政当局”特别不利。意大利的官吏从事于罗马行政的往往调动迅速频繁；因此由一个意大利法人来管理广大土地必定是非常不够好的。因此，市政当局开始把纳税地 (agri vectigiles) 出租，换言之，即把土地以一定的租金、在某种条件下、永久租与一个自由佃农。这个办法后来为个人所有者广泛模仿，而佃农和所有人的关系原来是由契约决定的，后来为“裁判官”所承认，认为佃农也具有有一种有限的所有权，这在后来就成为“永佃权”。从这时起，租地的历史分为两大支流。在我们对于罗马帝国记录最不完全的一段长时期内，那时罗马大家族的奴隶队逐渐转化成为土著农夫，他们的来源和地位构成了全部历史中最暧昧问题之一。我们不妨这样来猜测，即他们中一部分来自奴隶的上升，一部分来自自由农民的降格；同时他们也证明了罗马帝国的富人阶级逐渐注意到耕种者对于土地的出产物有一种利益时就可以使土地财产的价值增多。我们知道，他们的服役是属于土地的；这种服役性质并不完全具有绝对奴隶状态的许多特征；并且他们只要在每年收获量中以一定的部分付给地主就可以免除服役。我们也知道，他们经历了古代世界和现代世界中一切社会的变化而被保存下来，他们虽然包括在封建结构的较低级的地位，但他们

在许多国家中繼續以他們曾付給羅馬土地所有人 (dominus) 的完全同样数量的貢稅交与地主，而从土著农夫之中的一个特殊阶层、即为其所有人保留一半农产物的分益土著农夫 (coloni medietarii)，傳下来了分益佃农 (metayer tenantry)，几乎所有欧洲南部的土地到现在为止仍旧由这些人耕种着。在另一方面，如果我们可以这样来理解“民法大全中”关于它的暗示的话，那末“永佃权”可以成为财产权的一种人人欢迎和有益的变更；并且可以设想，凡有自由农民存在的地方，支配着他們在土地上的利益的，就是这种租地制。前面已经说过，“裁判官”把永佃人认为一个真正的所有人。在被驅逐时，他可以用“物权訴訟”来爭取恢复，这是所有权的明显的标志，并且只要他准期清償租金 (canon) 就可以受到保护，不受租借人的干扰。但在同时，我們不能以为租借人的所有权已經消灭或是停止了。他的所有权仍旧存在，因为他在不付租金时就有权收回租地，在出卖时有先买权，并且对于耕种的方式有一定的控制权。因此，我們可以把“永佃权”作为一个显著的双重所有权的例子，这种双重所有权是封建财产权的特点，同时，这种例子也比法律的和衡平的权利并列要簡單得多，并且容易摹仿得多。可是。羅馬租地史并不到此为止。我們有明显的証据，証明在沿莱因河和多瑙河一带長期保衛着帝国边疆以反抗蛮族的各大堡壘之間，有連綿不断的狹長的田地，称为边界地 (agri limitrophi) 的，向由羅馬軍隊中的久戍的兵士根据“永佃权”的条件佔有着。这里也有一种双重所有权。羅馬国家是土地的地主，士兵們只要随时准备着在边境危急时应征入伍服役，即能耕种土地而不受侵扰。事实上，一种非常类似奥地利-土耳其边境軍隊屯垦制度的衛戍职守代替了普通“永佃权”人应尽的清償租金的义务。我們不可能怀疑：这就是建立封建主义的蛮族君主所抄襲的先例。他們目睹这种制度有百余年，并且我們必須記

着，有許多守衛着邊境的老兵本身就是蠻族的后裔，他們說的也許是日耳曼語言。他們接近着這樣容易模仿的一個模型，這不但使佛蘭克和倫巴德的君主們從此獲得了把公有領地劃出一部分賜與其從者以換取軍役的想法；同時或許也說明了這種趨勢，即這種“采地”很快就成為世襲的，因為一個“永佃權”雖然可能是根據原來契約的條件創造出來的，但按諸常理它卻是傳給受讓人繼承人的。誠然，采地的持有人，以及較近時期由采地變成的那種封地的封建主，似乎都負有某種為屯軍所不致有的和“永佃權人”所必然不會有的勞役。例如對於高一級的封建主有尊敬和感恩的義務，有幫助他置備女兒嫁奩和為他兒子準備武裝的責任，在未成年時受他監護的義務，以及許多其他類似的租地條件，一定都是從羅馬法中“庇護人”和“自由民”亦即是“前主人”（quondam-master）和“前奴隸”（quondam-slave）的相互關係依照字面直接借用來的。然而，我們知道，最早的采地受益人都是君主的個人隨從，這個地位在表面上是很光榮的，但在初時一定夾雜着某種身分低賤的意味，這是無可爭辯的。在宮庭中侍奉君主的人放棄了某種屬於絕對個人自由的东西，即自主財產所有人最足以驕傲的特權。

第九章 契約的早期史

关于我们所处的时代，能一見而立即同意接受的一般命題是这样一個說法，即我們今日的社会和以前历代社会之間所存在的主要不同之点，乃在于契約在社会中所占範圍的大小。这个說法所根据的現象，有些都是常常被提出来受到注意、批評和頌揚的。我們决不会毫不經心地不理會到：在无数的事例中，旧的法律是在人出生时就不可改变地确定了一个人的社会地位，現代法律則允許他用協議的方法来为其自己創設社会地位；真的，对于这个規定有几个例外，不断地在热烈憤慨下遭到廢棄。例如，黑奴問題，到現在仍被剧烈爭論着，其真正爭執之点是：奴隶的身分究竟是不是屬於过去的制度，又如僱主和工人之間能合乎現代道德的唯一关系，究竟是不是完全由契約決定的一种关系。承認过去和現在之間存在这种差別，是最著名的現代思想的實質。可以断言，“政治經濟学”是今日有相当进步的唯一倫理研究部門，它将会和生活的事实不相符合，如果“强行法”对它一度占据的領域的絕大部分不肯加以放棄，并且人們不能具有直到最近才允許他們有的決定其自己行為規律的一種自由。受到政治經濟学訓練的大多數人都有这样一种偏見，認為他們的科学所根据的一般真理是有可能变为普遍性的真理的，并且，當他們把它作为一种艺术而运用时，他們一般都着重于扩大“契約”的領域，縮小“强行法”的領域，只有在必須依靠法律以强制“契約”的履行时，才是例外。一些思想家在这种思潮影响下作出的鼓动，开始在西方世界中很強烈地感覺到。立法几乎已經自己承認它和人类在發現、發明以及大量积累財富各方面的活动无法并駕齊驅；即使在最不进步的社会

中，法律亦逐漸傾向于成為一種僅僅的表層，在它下面，有一種不斷在變更着的契約規定的集合，除非為了要強迫遵從少數基本原理或者為了處罰違背信用必須訴求法律外，法律絕少干預這些契約的規定。

社會研究，因為它們必須依靠對法律現象的考究，是在一種非常落后的狀態中，因此，我們發現這些真理不為今天流行着的有關社會進步的日常用語所承認，是不足為奇的。這些日常用語比較符合我們的偏見，而不符合我們的信念。當“契約”所根據的道德成為問題的時候，絕大多數的人都更強有力地不願把道德認為是進步的，我們中有許多人幾乎本能地不願承認我們同胞所有的善意和信任，會比古時代更為廣泛傳佈，也不願承認我們當代的礼仪中有能和古代世界中的忠誠相比擬的東西。有的時候，這些先人之見的聲勢為詐欺行為所大大加強，這種詐欺行為是在它們被目覩之前所未曾聽到過的，並且以其犯罪行為而使人震駭，更以其複雜而令人驚異。但這些欺詐行為的性質明白地顯示出：在它們成為可能之前，它們所破壞的道德義務必定已超過了一定比例的發展。由於多數人篤守信義，就給了少數人不顧信義的方便，因此，當巨大的不誠實的事件發生時，必然的結論是，在一般的交易中都顯現出审慎的正直，只在特殊情形中才予犯法者以可乘之機。如果我們堅持要從法律學上的反映來看道德史，並且把我們的眼光向着“犯罪”法而不是向着“契約”法，則我們必須細心謹慎，才不致錯誤。最古羅馬法所處理的唯一形式的不誠實，是“竊盜罪”。在我寫本書的時候，英國刑法中最新的一章，是企圖為“受託人”的欺詐行為作出處罰的規定。從這對比中所可能得到的正當推論，並不是原始羅馬人比我們有更高的道德觀念。我們應該說，在他們和我們相隔開的時代中間，道德已經從一個很粗淺的概念進步到一種高度精煉的概念——從把財產權視為絕對神聖，發展到把

仅仅由于片面信用而产生的权利视为有权受到刑事法律的保护。

法学家的各种明确理論，在这一点上，并不比普通人的意見更接近真理。試从羅馬法律家的見解开始，我們發現他們的見解和道德及法律进步的真正历史并不符合。在有一类的契約中，以締約两造的善意担保为唯一要件，这种契約他們特別称之为“万民法契約”(Contracts juris gentium)。并且，虽然这些契約无疑地是羅馬制度中最迟产生的，但其所用的用語，如果我們可以从中吸取其含义的話，实包含着：这些契约比在羅馬法中处理的某种其他形式的约定还要古远，在羅馬法中忽視一个專門手續程序，就要像誤会或欺騙一样損害到責任。然而所謂它們是古远的說法，是模糊的、曖昧的，是只能通过“現在”方能理解的；所謂“国际法契約”被明白地看作人类在“自然状态”下所知道的一种“契約”，也要到羅馬法律家的用語变成了对羅馬法律家的思想方式已不再能理解的一个时代的用語之后才能理解。卢梭兼有了法律上的和通俗的錯誤。在“論艺术和科学对道德的影响”(Dissertation on the Effects of Art and Science upon Morals)——这是他作品中引人注意的第一部，并且是他最无保留地申述他的意見使他成为一个学派首創人的一篇作品——中，他一再指出古波斯人的誠实和善意，認為这些是原始人天真的特征，已經逐漸为文明所消灭了的；到一个較后的时期，他把他所有理論完全放在一个原始“社会契約”学理的基础上。所謂“社会契約”，是我們正在討論的錯誤所形成的最有系統的一种形式。这个理論虽然为政治热情所撫育而趋于重要，但所有它的营养則完全来自法律学的純理論。首先受它吸引的著名英国人士所以重視它，主要是由于可以在政治上利用它，但是，正象我現在解釋的，如果政治家不是長期地用法律用語来进行爭辯，則他們将决不可能达到它。同时这个理論的英国著者也不是对于这理論的深远影响茫然不見的，因为法国人就

是經過這種推薦而承繼到它的。法國人的著作顯示出：他們認為這個理論可以用來說明一切政治現象，同時也可以說明一切社會現象。他們看到在他們時代中已經非常觸目的事實，即人類所遵守的現實法規中，比較大的部分都是由“契約”設定的，只有少數是由“強行法”設定的。但是，他們對於法律學中這兩個要素的歷史關係，或者是一無所知，或者是漠不關心。因此，他們提出一切“法律”源自“契約”的理論，其目的是在滿足他們的嘗試，要把所有法律學歸因於一個一致淵源的純理論，同時也在規避主張“強行法”來自神授的各種學理。在另一個思想階段中，他們可能滿足於把他們的理論停留在一個巧妙假設或一個便利的口頭公式的情況中。但這個時代，是在法律迷信的統治之下。“自然狀態”已不再是似是而非的東西了，因此，在堅持“社會契約”是一種歷史事實時，就很容易使“法律”起源於契約的理論獲得一種虛偽的真實性和明確性。

我們自己的一代已經擯棄了這些錯誤的法律理論，部分由於我們已經超過了他們所處的智力狀態，部分由於我們已經幾乎完全停止再在這類主題上進行推理。喜愛研究的人們在目前所樂於從事的工作，以及答复我們祖先對社會狀態起源所持純理論的工作，是對現在存在和在我們眼前活動的社會進行分析；但是，由於缺少歷史的幫助，這種分析就時常退化而成為一種徒然是好奇心的活動，並且特別容易使研究者不能理解和他所習見的有很大不同的社會狀態。用我們自己時代的道德觀念來評價其他時代的人們，其錯誤正如假定現代社會機器中的每一個輪子、每一只螺釘在較原始的社會中都有其相對物的那樣錯誤。在用現代風格寫成的歷史著作中，這類印象繁衍很廣，並且都很巧妙地掩蓋着它們自己；但是我在法律學的領域中也發現了它們的痕跡，如一般對孟德斯鳩穿插在其“波斯人信札”（*Lettres Persanes*）中有关“穴居人”

(Troglodytes) 的小寓言所作的頌揚中。據說“穴居人”是一種人，由於他們系統地破壞其“契約”，因而全部遭受滅亡。如果這個故事表示著著者意中的道德觀念，並且是用以暴露這一世紀和上一個世紀曾受到其威脅的一種反社會異端，這誠然是無可指摘的；但如果由它而得到的推論是：一個社會在允約和合意上如果沒有給予一種神聖性，而這種神聖性與一個成熟文明所給予的尊敬相類似，這個社會就不可能結合在一起，則它所含有的錯誤將是非常嚴重的，它將使我們對於法律史不能作出正確的理解。事實是，“穴居人”完全沒有注意到“契約”責任，卻曾興旺起來，建立過强有力的國家。在原始社會組織中，必須首先了解的一點是，個人並不為其自己設定任何權利，也不為其自己設定任何義務。他所應遵守的規則，首先來自他所出生的場所，其次來自他作為其中成員的戶主所給他的強行命令。在這樣制度下，就很少有“契約”活動的余地。同一家族的成員之間（我們得這樣來解釋證據）是完全不能相互締結契約的，對於其從屬成員中任何一人企圖拘束家族而作出的合意，家族有權置之不理。誠然，家族得與其他家族締結契約，族長得與族長締結契約，但這種交易在性質上和財產的讓與相同，並同樣地有許多繁文縟節，只要在履行時忽略其中一個細節就足以使義務歸於無效。由於一個人對另外一個人的話加以信賴而產生積極義務，是進步文明最遲緩的勝利品之一。

無論是“古代法”或是任何其他證據，都沒有告訴我們有一種毫無“契約”概念的社會。這種概念在最初出現時，顯然是極原始的。在可靠的原始記錄中，我們都可以注意到，使我們實踐一個允約的習性還沒有完全發展，種種罪惡昭彰不信不義的行為常被提到，竟毫無非難，有時反加以贊許。例如，在荷馬文學中，尤烈錫士的欺詐狡猾，好象是和納斯佗(Nestor)的智慮明達、海克佗(Hector)的堅毅不拔以及亞濟里斯(Achilles)的英雄豪俠處於同等

的一种美德。古代法特別使我看到粗糙形式的和成熟时期的“契約”間存在着一个很远的距离。在开始时,法律对于强迫履行一个允約,并不加以干預。使法律执有制裁武器的,不是一个允約,而是附着一种庄严仪式的允約。仪式不但和允約本身有同样的重要性,仪式并且还比允約更为重要;因为成熟的法律学着重于仔細分析提供一个特定的口头同意的心理条件,而在古代法中則着重于附着在仪式上的言語和动作。如果有一个形式被遺漏了或用錯了,則誓約就不能强行,但是,在另一方面,如果所有形式經表明已完全正确进行,則縱使以允約是在威胁或欺騙之下作出为辯解,也屬徒然。从这样一种古代的看法,轉变而成为一个“契約”的熟習观念,其轉化过程在法律学史中是显然可見的。在起初,仪式中有一个或二个步驟省略了;后来其他的也簡化了或者在某种条件下忽略了;最后,少数特殊的契約从其他契約中分离出来,准許不經任何仪式而締結定約,这种选定的契約都是些社会交往活动和力量所依靠的。心头的約定从繁文縟节中迟緩地但是非常显著地分离出来,并且逐渐地成为法学專家兴趣集中的唯一要素。这种心头約定通过外界行为而表示,羅馬人称之为一个“合約”(Pact)或“協議”(Convention);当“協議”一度視為一个“契約”的核心时,在前进中的法律学不久就产生了一种傾向,使契約逐漸和其形式和仪式的外壳脫离。在这以后,形式只在为了要保證真實性和为了要保證謹慎和細心时才加保留。一个“契約”的观念是完全地发展了,或者,用羅馬人的用語來說,“契約”是吸收在“合約”中了。

羅馬法律中这个变更过程的历史,是非常有啓發性的。在法律学的最初曙光期,用以表示一个“契約”的名詞是历史“拉丁語法”学者很熟悉的一个名詞。这就是“耐克逊”,契約的两造称为“耐克先”(nexi),这两个用語必須特別注意,由于它們所依据的隱喻特別持久。在一个契約合意下的人們由一个强有力的約束或連鎖联

結在一起，这个观念一直繼續着，直到最后影响着羅馬的“契約”法律学；并且由这里順流而下，它和各种現代观念混合起来。然則在这耐克逊或約束中，究竟包括些什么？从一个拉丁考古学家傳下来的一个定义，認為耐克逊是每一种用銅片和衡具的交易（*omne quod geritur per æs et libram*），这些文字曾引起了許多疑惑。銅片和衡具是“曼企帕地荷”的著名附屬物，即在前章中描述过的古代仪式，通过这种仪式“羅馬财产”最高形式中的所有权就由一个人移轉到另外一个人。“曼企帕地荷”是一种讓与，因此就發生了一个困难，因为这样的定义似乎把“契約”和“讓与”混淆起来了，而在法律哲学上，它們不仅仅是各别的，而且在实际上是相互对立的。物权（*jus in re*）、对世权（*right in rem*），即“对全世界有效的”权利或“财产所有权”，在成熟法律学的分析中是和人权（*jus ad rem*）、对人权（*right in personam*），即“对一单独个人或团体有效的”权利或債权，有明显的区别的。“讓与”轉移“财产所有权”，“契約”創設“債权”——然則，这两者怎样会包括在同一的名称或同一的一般概念之下？这和許多相似的困难一样，是由于把显然屬於智力發展进步阶段的一种能力，把在實踐上混合在一起的各种純理論观点加以区别的能力，錯誤地認為屬於一个未成形社会的心理状态而产生的。我們有不可誤解的有关社会事务状态的各种迹象，証明“讓与”和“契約”在实际上是混淆不分的；同时，直到人們在締約和讓与中采用一种各别的實踐前，这两个概念的差異从来沒有为人们所領会到。

这里可以看到，我們对古羅馬法已具有足够的知識，使我們可以提供一些在法律学萌芽时代各种法律概念和法律用語所遵循的轉化方式的大概。它們所經歷的变更似乎是从一般到特殊的一种变更；或者，换言之，古代的概念和古代的名詞是处于逐漸專門化的过程中。一个古代的法律概念相当于不仅一个而是几个現代概

念。一个古代的專門術語可以用来表示許多东西，这些东西在現代法律中分別具有各种不同的名称。如果我們研究下一阶段的法律学史，我們就可以看到次要的概念逐漸地被解脫出来，旧的一般名称正为特別的名称所代替。旧的一般概念並沒有被遺忘，但它已不再包括它起初包括的一种或几种观点。因此同样的，古代的專門術語依旧存在，但它只执行着它以前一度具有的許多职能中的一种。我們可以从許多方面来証明这种現象。例如，各式各样的“父权”在过去曾一度被認為是屬於同一性質的，它也无疑地被歸属于一个名称之下。祖先所行使的权力，不論它是对家族或是对物質財產——对牛、羊、奴隶、子女或妻——行使的統是一样的。我們不能絕對地确定权力的旧的羅馬名称，但我們有强有力的理由相信：曼奴斯（manus）能表示各种不同程度的权力，就可知道古代对于权力的一般名詞是曼奴斯。但是，当羅馬法稍稍进步了后，名称和观念都專門化了。“权力”按照着它所行使的对象而在文字上或在概念上明确地区分了。对物質商品或奴隶行使的权力，成为完全所有权——对兒女，称为家父权——，对那些已被他們的祖先把他們的劳役卖給了別人的自由人，称为曼企帕因——，对妻子，則仍然是曼奴斯。可以看到，旧的文字並沒有完全廢止，只是限制于它以前表示的权限的一种特定的行使上而已。这个例子可以使我們理解“契約”和“讓与”在历史上所發生的关联的性質。一切要式行为在开始时可能只有一种庄严的仪式，在羅馬，它的名称在过去似乎就是耐克逊。过去在讓与財產时所用的同样形式，后来似乎就恰恰被用于締結一个契約。但經過不多时候，我們到达了这样一个时期，当时一个“契約”的观念又被从一个“讓与”的观念中分离了出来。这样，就發生了一个双重的变化。“用銅片和衡具”的交易，当它的目的是在移轉財產时，采用了一个新的、特殊的名称，“曼企帕地荷”。而古代的“耐克逊”則仍旧用以表示原

来的仪式,但这样仪式只被用于使契約庄严化的特殊目的。

当我们說:在古代二种或三种法律概念往往混合为一,我們的意思并不是在暗示:在这些包括在一起的几个观念之中不可能有一种观念会比其他各种观念古老一些,或者,在几个观念形成时,也不可能有一种观念会較其他观念显著地佔优势,并居于它們之上。为什么一个法律概念会繼續長期包括几个概念,一个術語会代替几个術語,其理由无疑地是因为在原始社会中,往往在人們有机会注意或給与适当名称之前,法律在实践上很早已發生了变化。虽然我們已說过,“父权”在最初时并不是因它所行使的对象的不同而有所区分,然我确切地感到,“对子女的权力”(Power over Children)实即是古代“权力”概念的基础;我也深信在最早应用“耐克逊”时,也即是在原来应用它的人們的心目中,“耐克逊”的作用是在使財產的移轉有适当的庄严仪式。大概“耐克逊”的略微歪曲其原来的职能,最初是为了使它适用于“契約”,而由于它改变的程度十分輕微,所以人們長期沒有觉察或注意到。旧的名称仍旧保留着,因为人們沒有感觉到他們需要一个新的名称。旧的观念盘踞在人們脑中,因为沒有人發現有理由要費心来研究它。这种情况,在“遺囑”史中已有了明白的例証。一个“遺囑”在最初只是簡單的財產移轉。只在这种特殊讓与和一切其他讓与之間逐漸發生了巨大的实践上的差別,才使这种讓与被分別对待,即使是这样,也还需要經過几个世紀以后,法律改良者才把这名义上的曼企帕地荷,作为无用的累贅而加以清除,并同意在“遺囑”中除了“遺囑人”的明白意思外,其他一切都非必要。不幸的是,我們无法以对“遺囑”的早期史的絕對信心来追溯“契約”的早期史,但我們并非完全沒有暗示,說明契約在最初出現时是把耐克逊放在一种新的应用中,后来通过实际試驗获得了重要效果,被承認为一种各別的交易。下述过程的描写虽然是出于臆測,但并非全無根据。

我們試以一次現款買賣作為“耐克遜”的通常形式。出賣人攜帶他意欲處分的財產——例如一個奴隸——買受人帶來了他用作金錢的粗銅塊——還有一個不可缺少的助手，即司秤，他帶來了一個天平秤。通過規定手續，奴隸被移交給買受人——銅塊經司秤秤過，然後移交給出賣人。在這交易繼續進行的過程中，我們稱之為耐克遜，買賣的雙方是耐克先；但一當交易完成後，耐克遜就告中止，出賣人和買受人即不再具有他們因這暫時關係而產生的名稱。在這里，我們試再根據商業史的發展向前跨進一步。假定奴隸是移轉了，但沒有付錢。在這種情況下，就出賣人說，耐克遜是完成了，並且當他已移交其財產後，他已不再是耐克蘇斯（nexus）；但就買受人說，耐克遜仍在繼續着。就他的部分而論，交易還未完成，他仍被認為是耐克蘇斯。因此，可以看到，這同一名詞在一方面是指財產憑以移轉的“讓與”，在另一方面又是指債務人對於還沒有償付的買價的個人債務。我們還可以更進一步，假設一種程序是完全屬於形式，在這程序中並沒有東西移轉，也沒有東西償付；這就表明了一種更高級商業活動的交易，一種將來生效的買賣契約（executory Contract of Sale）。

如果在一般見解和職業見解中，真的都把一個契約長期地認為是一種不完全的讓與，這個真理的重要性是有各種理由的。在上一世紀中，有關人類在自然狀態中的各種純理論被概括為這樣一個學理，即“在原始社會中財產是不當什么的，被重視的只有債務”，這並非是完全不適當的；但現在可以看到，如果把这个命題顛倒過來，可能會更接近於實際。另一方面，從歷史上考慮，“讓與”和“契約”在原始時代的聯繫，說明了某些常被學者和法學家認為特別難以解釋的東西，我的意思是指：極古法律制度中一般都對於債務人非常苛酷，並給與債權人以過分的權力。當我們一度懂得了耐克遜是被人為地延長了以使債務人有一定的時間，我們就

可以更好地理解他在公众和法律之前的地位。他的負債无疑地被認為是一种变例，而中止付款一般被認為是一种詭計和对于严格的規定的一种歪曲。相反的，凡是在交易中正当地完成其任务的人，必为人所尊重；那就很自然的要使他掌握紧急的武器，以便强使程序完成，这个程序严格地講，是决不應該准許展期或迟延的。

因此，“耐克逊”的原意是一种財產讓与，在不知不覺中也用来表示一个“契約”，并且，在最后，这个字和一个“契約”觀念經常發生联系，不得不用一个特定名詞即“曼企帕因”或“曼企帕地荷”来表明真正的“耐克逊”或交易，这样財產是真正的移轉了。現在，“契約”便从“讓与”中分离出来，它們的历史的第一阶段于是完成了。但它們發展到这样一个时期，即締約者的允約要比附帶进行的手續程序有更高神聖性的时期，則还有很大一段距离。为了說明这一时期中所發生的变化的性質，必須略为越出本文范围之外，研究一下羅馬法学專家关于“合意”的分析。这种分析，是他們智慧最美丽的紀念碑，在这分析中，我只須約略提一下，它把“債”和“協議”或“合約”在理論上加以分开。边沁和奧斯丁先生宣称，“一个契約有两个要素：首先，要約者一造表示意向，要做他約定要做的行为或遵守他約定要遵守的不行为。其次，是受約者表示他預期要約者一造履行其提出的允約”。这在实际上是和羅馬法律家的学理完全相同的，但在他們的見解中，这些“表示”的結果不是一个“契約”而是一个“協議”或“合約”。一个“合約”是个人相互間同意的極端产物，它显然还不够成为一个“契約”。它最后是否会成为一个“契約”，要看法律是否把一个“債”附加上去。一个“契約”是一个“合約”（或“協議”）加_上一个“債”。在这个“合約”还没有附带着“債”的时候，它称为空虛（nude 或 naked）合約。

什么是一个“債”？羅馬法律家的定义是：“应負担履行义务的

法鎖”(Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei)。这个定义通过它們所根据的共同隱喻而把“債”和“耐克遜”联系起来，并明白告訴我們一个特殊概念的体系。“債”是法律用以把人或集体的人結合在一起的“束縛”或“鎖鏈”，作为某种自願行为的后果。凡引起“債”的效果的行为，主要是那些归类在“契約”和“侵权”、“合意”和“損害”等題目之下的行为；但是有許多其他行为能造成类似后果的，却不能包括在一种确切分类中。应予注意的是，行为并不是由于任何道德上的必要而使它自己負上“債”的；这是由法律根据其充沛的权力而附加上去的，这是非常有必要加以注意的一点，因为“市民法”的現代解釋者有时提出了一个不同的学理，并以他們自己道德的或形而上学的理論来作为支持。法鎖的意象沾染了和渗透了羅馬“契約”和“侵权”法律的每一个部分。法律把各当事人拘束在一起，鎖鏈只有通过称为清償(solutio)的程序才能解除，清償也是一个借喻的用語，英語中的“支付”只偶尔地和它的意义相同。这借喻的意象借以表現其自己的一致性，說明了羅馬法律用語上另一个在其他情况下很难解釋的特性，即“債”既表示权利，也表示义务，例如使債務清償之权以及清償債務的义务。事实上羅馬人把“法律上的鎖鏈”的全貌放在他們的眼前，对其一端的重視不多也不少于其他一端。

在进步的羅馬法中，“協議”在完成以后，几乎在所有情況下，都立即把“債”加上去，于是就成为一个“契約”；这是契約法必然要趨向的結果。但为了进一步研究，我們必須特別注意其中間阶段——即除了一个完全的合意之外，还需要某种东西来吸引“債”的阶段。这个时期正是把契約分成四类——即“口头契約”、“文書契約”、“要物契約”和“諾成契約”(the Verbal, the Literal, the Real, and the Consensual)——的著名的羅馬分类法开始应用的时期，在这个时期內，这四类“契約”也是法律所要强制执行的仅有

的四類契約。這個分類的意義，在我們理解了把“債”從“協議”中分離出來的理論後，立即可以理會。每一類的契約實際上都是根據某種手續而命名的，這些手續是除了締約兩造僅僅的合意以外所必需的。在“口頭契約”中，一待“協議”完成以後，必須要經過一種言辭的形式才能使法鎖附着在它上面。在“文書契約”中，登入總帳簿或記事簿能使“協議”具有“債”的效力，在“要物契約”的情況下，送達作為預約主體的“物”時，才產生同樣的結果。總之，在每一種情況下，締約的兩造必須達到一種諒解；但是，如果他們不再前進，他們在相互之間即不負義務，不能強迫履行或在違背信約時要求救濟。但如果他們遵守了某種規定的手續，“契約”就立即完成，並以所採取的特殊方式作為它的名稱。至於這種實踐的例外，將在下文中加以詳述。

在前面，我是根據歷史順序而列舉四類“契約”的，但羅馬教科書的著者並不都是一成不變地按照這個順序的。“口頭契約”是四類契約中最古的一類，並且是原始“耐克遜”最早的已知的後裔，這是毫無可疑的。古代採用的“口頭契約”有好幾種，但其中最重要的、並為我們的權威學者討論到的唯一的一種是用約定的方法來達成的，所謂約定，就是一“問”一“答”；即由要求允約的人提出問題，並由作出允約的人給予回答。這個問題和回答，像我剛才解釋過的，構成了原始觀念中除了有關係的人們的單純的合意之外所必需的額外要素。它們成為“債”借以附加上去的媒介。古代的“耐克遜”現在已經傳給較成熟的法律學的，第一件就是鎖鏈的概念，它把締約兩造結合起來，而這就成為“債”。其次傳下來的是儀式的觀念，它伴隨著同時尊崇着定約，這個儀式已變化而成為“約定”。原來“耐克遜”的主要特點是莊嚴讓與，這種莊嚴讓與轉變為單純的問題和回答，如果我們沒有羅馬“遺囑”史來啟發我們，將始終是一個秘密。讀了那些歷史，我們可以懂得正式的“讓與”怎樣先從和

手中交易有直接关系的手續程序中分离开来，后来又完全都省略了。在当时，“約定”的問和答既然无疑地是一种最簡單形式的“耐克逊”，我們可以認為这种問和答实早已帶有一种專門形式的性質。如果認為它們所以为早期的羅馬法律家所欢迎，完全是由于它們能使協議合意的人們有机会来考虑和回想，这是錯誤的。无可否認，它們有这样一种的价值，这是逐漸被承認的；但根据我們权威著作的陈述，有証据証明它們有关“契約”的职能在起先是形式的和仪式的，并不是每一个問題和回答都是自古以来就足以构成一个“約定”的，只有用特別适宜于特定情况的專門術語表白的一个問題和回答，才能构成一个“約定”。

为了正确理解契約法史，虽然必須把“約定”理解为：在它被承認为一种有用的担保之前，它只是一种庄严的形式，但是，在另一方面，如果对它的真正用度視若无睹，也将是錯誤的。“口头契約”虽然已不象古代那样重要，但它一直被保存到羅馬法律学的最后时期；我們可以視作当然的，在羅馬法上沒有一种制度如此長期的保存着，除非它在實踐上确有些用处。我在一个英国著者的文章中看到他对羅馬人甚至在最早时期也滿足于这种对匆忙和缺乏深思熟慮之处，如此疏于防范的情况，表示十分惊奇。但是如果把約定詳細研究一下，并且記着在我們所涉及的社会状态里面，書面証据是很不容易得到的，那末我以为，我們必須承認这种專門用以滿足它所要求达到的目的的这种問題和回答，可以公允地認為是一种高度巧妙的办法。允約人以約定人的資格把契約中所有的条款用一个問題的形式提出，要約人給予回答。“你是否同意在某某地点某某日期送达給我某某一个奴隶？”“我同意。”現在，我們試想一想，我們可以看到，这个“債”把允約用問句的形式提出來，就把两造的自然地位給顛倒过来了，并且由于有效地破坏了会話的行程，使人注意不到滑过一个危險的質权。对于我們，一般說來，一个口

允約是完全从要約人的話中得来的。在古羅馬法中，另一个步驟是絕對需要的，即允約人在达到合意后必須把所有条件綜合在一个庄严的問句中；并且，在审判时，必須提出的証据，就是这个問句以及对这問句的同意——而不是允約，允約本身是沒有拘束力的。这个看上去无足輕重的特点，在契約法的用語中竟有这样大的关系，这是羅馬法律学的初学者迅速感覺到的，他們最初碰到的絆脚石之一几乎普遍地是由它产生的。当我們在英文中提到一个契約时，为便利起見，偶然把它和契約两造的一方联系起来时——例如，如果我們想一般地提到一个締約人——，我們的話所指的总是要約人。但羅馬人的一般用語則轉向不同的一面；它总是从允約人的地位来看契約的，如果我們可以这样說的話。在談到一个契約的一造时，主要談到的总是“約定人”，即提出問題的人。至于約定的用处，其最生动的实例可参見拉丁喜剧家的集子。如果有这些段落的全部場面經通讀一过〔例如，普罗塔斯 (Plautus) 的“說謊者” (Pseudolus) 幕一景一；幕四景六；“三个銅錢” (Trinummus) 幕五景二〕，就可以看到思考允約的人的注意力是如何有效地为問題所吸引，以及从一个沒有預先考虑好的应承中撤退的机会是如何的充足。

在“文書”或“書面契約”中，一个“債”通过了它而加于“協議”上的正式行为是把可以明白确定的欠款数目登入一本总帳的借方。为了要說明这种“契約”，必須了解羅馬的家庭状态，古代簿記的有条不紊性質和非常的有規律性。古羅馬法中有几个小困难，例如，象“奴隶特有产”的性質，只有在我們回想起：在一个羅馬家庭中，所有成員都严格地对其戶主負責，以及家庭中每笔收支在登入草帳后，在一定期間內必須轉入家庭总帳，只有明了了这些，才能解釋清楚。可是，就我們所看到的“文書契約”的描写中，是有些不易明了之处的，原因是登帳的習慣在后来已不普遍了，而“文

書契約”的用語成了表示和原来所理解的完全不同的一种 定約的形式。因此，我們无法說明，关于原始“文書契約”，“債”的設定究竟是由債权人一方簡單的登入簿据，还是必須获得債務人的同意或在其自己的簿据中同样登記，才能發生法律效力。但是有一个主要之点是可以确定的，即在这种“契約”中，只要条件遵守了，所有的手續都可以省却。这是契約法历史中向前推进的另一步。

根据历史順序，其次一种“契約”是“要物契約”，表示在倫理概念上向前跨进一大步。凡是在任何合意中，以送达一种特殊物件为其目的的——絕大部分的簡單合意都屬此类——，一待送达确实發生后，“債”即产生。其結果必定是对最古的有关“契約”观念的一个重大革新；因为在原始时代，毫无疑义，当締約的一造由于疏忽而沒有把他的合意通过約定的手續，則按照合意而做的一切，将不为法律所承認。借錢的人除非經過正式的約定，是不能訴請偿还的。但在“要物契約”中，一方的履行就允許使他方負擔法律責任——則显然是基于倫理的根据。第一次把道德上的考虑認為“契約”法中的一个要素，这就是“要物契約”和前两种不同之处，并不是由于專門形式或由于遵从羅馬家庭習慣而有所不同。

我們現在要討論第四类或“諾成契約”，这是各种契約中最有趣和最重要的一种。在这名称下有四种特殊“契約”：委任（Mandatum）即“受託”（Commission）或“代理”（Agency）；“合伙”（Societas）；“买卖”（Emtio Venditio）；以及“租賃”（Locatio Conductio）。在前面几頁說明了一个“契約”是附加着一个“債”的一个“合約”或“協議”后，我曾提起通过一些行为或手續法律允許“債”吸收入“合約”內。我这样說，只是为了作一般的說明，但除非我們把这理解为不但包括正面的，而且也包括反面的，則这个說明不是严格地正确的。因为，實質上，这些“諾成契約”的特点是：从“合約”中产生这些契約，是无需任何手續的。关于“諾成契

約”，很多是難以辨解的，更多是含糊不清的，甚至曾有這樣的說法，即在這些契約中，締約兩造的同意比在其他任何種類的合意中更為著重。但“諾成”的這個名詞不過表示：在這裡，“債”是立即附着于諾成 (Consensus) 的。“諾成”或兩造的相互同意是“協議”中最後的和最主要的要素，而屬於“買賣”、“合伙”、“委任”和“租賃”四類之一的合意，它的特点是：一經兩造同意提供了這個要素時，一個“契約”立即成立。“諾成”帶來了“債”，在特種交易中，執行着在其他契約中由要物 (Res) 或口頭約定 (Verba stipulations) 以及由文書 (Literæ) 或書面登入總帳而履行的同樣职能。“諾成”因此是一個名詞，並無細微的變例，而正是和“要物”、“口頭”及“文書”完全相類似的。

在生活的接觸中，最普通和最重要的一種契約無疑是那稱為“諾成”的第四種。每一個社會的集體生存，其較大部分是消耗在買賣、租賃、為了商業目的而進行的人與人之間的聯合、一個人對另一個人的商業委託等等交易中；這無疑是使羅馬人象大多數社會一樣，考慮到把這些交易從專門手續的累贅中解脫出來，並尽可能使社會運動最有效的泉源不至阻塞。這類動機當然不以羅馬人為限，而羅馬人和其鄰國人通商貿易，必然使他們有豐富的機會看到在我們面前的各種契約到處都有變成諾成的傾向，即一經表示相互同意立即具有拘束力。於是，依靠他們通常的實踐，他們就把這些契約稱為萬民法契約。但我們並不以為它們在很早時期就有這個名稱。一個“萬民法”的最早觀念也許在委任一個“外事裁判官”之前早就存在羅馬法律家的心中，但只有通過廣泛的和正常的貿易，羅馬法律家才能熟悉其他意大利社會的契約制度，而這類貿易在意大利獲得徹底平靖和羅馬的最高權力斷然確立之前，是很難達到相當的規模的。雖然，極端可能，“諾成契約”是羅馬制度中最後出生的，並且雖然很可能萬民法這個稱呼證明它淵源並不太

古，但把这些契約歸屬於“國際法”的這個用語，却在現代產生了它們來自非常古遠的年代的看法。因為，當“國際法”變為“自然法”時，似乎就含有了這樣的意義，即“諾成契約”是最適合於自然狀態的一種合意；於是，產生了這獨特的信念，即文明愈年輕，它的契約形式一定愈簡單。

“諾成契約”在數量上是極端有限的。但是，毫無疑義它在“契約”法史上開創一個新的階段，所有現代契約概念都是從這個階段發軔的。意志的運動構成合意，它現在完全孤立了，成為另外一種考慮的主題；在契約的觀點上，形式全部被消除了，外部行為只是看做內部意志行為的象徵。“諾成契約”被歸類在“萬民法”中，並且這種分類在不久以後即得出了這樣一個推理，認為它們是代表定約的一種合意，為“自然”所認可並包括在自然法典中的。當到達這一點時，我們就可以看到在羅馬法律家中有幾個著名的學理和區分。其中之一是“自然債”和“民事債”(Natural and Civil Obligations)之間的區分。當一個智力完全成熟的人有意使其自己受到一個合意的約束，即使他並沒有履行某種必要的手續以及由於某種技術上的障礙，他缺少了制訂一個有效契約的正式能力，他仍被稱為在一個自然債之下。法律（而這就是區分所暗示的）不強制執行債，但它也不絕對拒絕承認它；自然債在許多方面和純粹是無效的債又有不同，尤其是在這樣的情況下，即如果締結契約的能力在後來取得時，自然債就可以在民事上得到批准。法學專家另外一種很奇怪的學理，其淵源不可能早於“協議”從“契約”的專門要素中分離出來的時期。根據這些法學專家的意見，雖然只有“契約”能作為一個訴訟的基礎，但一個單純的“合約”或“協議”可以作為一個抗辯的根據。由此推論，雖然一個人由於在事前沒有注意遵照正當形式使一個合意成熟為一個“契約”的話，不能就根據這個合意而提起訴訟，但根據一個有效契約而提出的

請求，只要經證明有一个还没有超过一个簡單協議状态的反合意，就可以辯駁了。例如同复債務之訴可以提供一個仅仅放棄或延期付款的非正式合意作为抗辯。

上面所說的學理，表示出“裁判官”在向其最偉大的革新前進時所發生的遲疑。他們關於“自然法”的理論必定曾經引導他們特別偏愛“諾成契約”以及“諾成契約”仅仅是其中的特殊例子之一的那些“合約”或“協議”；但是他們不敢立即把“諾成契約”的自由推及一切“協議”。他們利用了从羅馬法開始時就託付給他們的對於訴訟程序的那種特殊監督權，並且，雖然他們不准提出不是根据正式契約的一個訴訟，但在導演訴訟程序的秘密舞臺中，他們使其新的合意理論有充分活動的余地。但當他們進展到這樣的程度後，不可避免地他們一定要向前再進一步。當有一年的“裁判官”在“告令”中宣稱：他將對還沒有成熟為“契約”的“合約”賦與可衡平的訴訟，只要爭執中的“合約”是根据一個要因（Causa）的話，在這時候，古代“契約”法的革命就完成了。這類的“合約”在進步的羅馬法律學中始終是被強行的。其原則是把“諾成契約”達到其適當後果的原則；事實上，如果羅馬人的專門用語具有象他們的法律理論所具有的那樣的可塑性，這些由“裁判官”強行的“合約”就可能稱為新的“契約”，新的“諾成契約”。但，法律語法是最后變更的法律的一部分，而可衡平地強行的“合約”繼續被簡單地稱為“裁判官合約”。必須注意，除非在“合約”中有要因，這“合約”就新的法律學而論，將繼續是空虛的；要使它能夠具有效力，就必須用一個約定來使它變為一個“口頭契約”。

我所以這樣詳細的討論它，主要由於我認為這“契約”史有非常的重要性，它可以用來防止無可數計的誤會。在這討論中，詳細說明了從一個偉大的法律學里程碑到另一個里程碑中各種觀念的進程。我們由“耐克遜”開始，其中“契約”和“讓與”是混雜在一起

的，其中伴隨着合意的手續形式甚至比合意本身還要重要。從“耐克遜”，我們轉到“約定”，這是較古儀式的一個簡單形式。其次發現的是“文書契約”，在這裡，一切的手續都被放棄了，如果合意的證據能從一個羅馬家庭的嚴格遵守的習慣中提出來。在“要物契約”中，第一次承認了一個道德責任，凡是參加或同意一個定約的部分履行的人們，就不許由於形式上的缺陷而否認它。最後，出現了“諾成契約”，其中唯一被重視的是締約人的心理狀態，至於外界情況除非作為內在企圖的證據外是不予注意的。羅馬人的思想從一個粗糙的觀念到一個精練的觀念的這種進步，究竟是否能例證人類思想在“契約”這主題上有了必要的進步，這當然是無法斷定的。除了羅馬人之外，所有其他古代社會的“契約”法或者太少了，沒有充足的資料，或者是已經完全失傳了；至於現代法律學則是如此透徹地為羅馬觀點所影響，以致我們無法獲得對比和類似，並從中吸取教訓。但是，從我所描寫的演變中既缺乏任何劇烈的、驚奇的以及不易理解的東西，我們就可以合理地相信，在某種程度上，古羅馬“契約”史是其他古代社會中這類法律概念的歷史的典型。但也只是在某種程度上，羅馬法的進步可以被用來代表其他法律學制度的進步。“自然”法的理論是專屬於羅馬人的。法鎖的觀念，就我所知，也是專屬於羅馬人的。成熟的羅馬的“契約和侵權”法中有許多特點，都來自上述的兩種觀念，或則來自其一，或則兩者兼而有之，因此，這許多特點也是屬於一特定社會的專門產物。這些後期法律概念是重要的，不是因為這些概念代表了在一切條件下思想發展的必然結果，而是因為它們對現代世界的智力素質起了十分巨大的影響。

羅馬法尤其是羅馬“契約法”以各種思想方式、推理方法和一種專門用語貢獻給各種各樣的科學，這確是最令人驚奇的事。在曾經促進現代人的智力慾的各種主題中，除了“物理學”外，沒有一

門科學沒有經過羅馬法律學濾過的。純粹的“形而上學”誠然是來自希臘而不是來自羅馬的，但是“政治學”、“道德哲學”甚至“神學”不但在羅馬法中找到了表意的工具，並且以羅馬法為其最深奧的研究養育成長的一個卵巢。為了要說明這種現象，並沒有絕對必要討論文字和觀念之間的神秘關係，或是說明人類的心神如何從來沒有能抓住任何思想主題，除非它在事前就具有適當豐富的用語或能掌握一種適當的邏輯方法的工具。只須說明，當東方和西方世界的哲學興趣分離時，西方思想的始創者都屬於講拉丁語和用拉丁語著作的一個社會。但是在西方各省中，能夠很精確地用來研究哲學的唯一語言是羅馬法的語言，它由於獨特的機會，幾乎保留了奧古斯多時代所有的純潔性，而地方拉丁則正在退化為怪異的不純正的一種方言。如果羅馬法律學提供了語言上唯一的正確的媒介，更重要的，是它同時提供了思想上唯一的正確、精密深邃的媒介。因為哲學和科學在西方不能立足，至少有三個世紀之久；並且雖然大多數羅馬人的精力都集中在形而上學和形而上學的神學上面，但這些熱情的研究中所用的語法完全是希臘的，而它們的活動場所是帝國的東半部。有時，東方爭論者所獲得的結論非常重要，以致不論是同意或是不同意這些結論的人都必須把它們記錄下來，後來東方爭論的結果就被介紹到西方來，對於這些結果，西方一般都予以默認，不贊許亦不拒絕。在這時候，有一個研究部門，雖是最勤勞的人也感到困難，最精細的人也感到深奧，最精巧的人也感到細致的，但對於西方各省受過教育的階級卻從來沒有失掉過它的吸引力。對阿非利加、西班牙、高盧和北意大利的有教養的公民，正是法律學，並且也只有法律學，代替了詩歌和歷史、哲學和科學。西方思想在其最早的對於明顯的法律面貌的努力中不但毫無一些神秘之處，並且，如果我們以為它會有其他任何色彩，也將是令人驚奇的。我所認為可怪的是，由於一種新要素的出

現而在西方和東方觀念之間、西方和東方神學之間引起的區別，竟然很少人注意。正是由於法律學的影響開始變得非常有力，才使君士坦丁堡的建立和後來的西羅馬帝國從東羅馬帝國分離，成為哲學史中的兩個新紀元。但是，由於來自“羅馬法律”的各種觀念已和日常的觀念非常密切地混雜在一起，大陸思想家無疑地不容易体会到這個重要關頭的重要性。另一方面，英國人對這一點也是視若無睹的，這是由於他們對於他們自己承認的現代知識潮流的最豐富淵源和羅馬文明的一個智慧的成果，極端無知。在同時，一個費盡心力熟悉古典羅馬法的英國人，由於其本國對這主題向來極少興趣，對於我胆敢提出的主張，他比起法國人或德國人來也許是一個更好的鑑定家。任何一個知道羅馬法律學是怎樣一回事的人，知道確實由羅馬人實踐的羅馬法律學的人，並且要觀察最古的西方神學及哲學在那些特點上不同於它們之前的思想狀態的人，對於這已經開始透入和支配着純理論的新要素究竟是什麼，都可以有資格加以說明。

羅馬法中對其他研究主題有最廣泛影響的部分是“債”法，或是接近於“債”法的部分，即“契約和侵權”法。羅馬制度中這一部分豐富的術語，它所能用以履行的職能，羅馬人本身並不是不知道的，這從他們把這個特別形容詞准字用在“准契約”和“准侵權”等名詞中，就可以得到證明。“准”在這樣的用法中，完全是一個分類的名詞。英國評論家常認為“准契約”就是默約，但這是錯誤的，因為默約是真的契約而准契約則不是契約。在默約中，行為和情況是用作為某些要素的象徵，這些要素在明約中是用文字來象徵的；就合意的理論而論，一個人所用的究竟是這一套象徵還是另一套象徵，是毫無關係的。但是，一個“准契約”完全不是一個契約。這類准契約中最普通的例子，象一個人誤以金錢給付另一個人因而在這兩人之間存在的關係。法律為了顧全道德上的利益，使受領人負

有償還的責任，但根據這交易的性質，表示出這並不是一個契約，因為，在這中間，缺乏作為“契約”最重要要素的“協議。”“准”這個字放在羅馬法的一個名詞之前，含有這樣一種意思，即用它作為標志的概念和其原來的概念之間，在比較上有着一種強有力的表面類比或相似。它的意思並不是說，這兩種概念是同樣的，或是屬於同一種類的。相反地，它否定了在它們之間存在着同一性的觀念；但是它指出它們有充分的相似之處，可以把其中之一歸類為另一個的連續，以及從法律的一個部門中取來的用語可以移用到法律的另外一個部門，並加以應用，而不致對規定的說明有強烈的歪曲，而這些規定在另一種情況下是很難完善地加以說明的。

有人這樣乖巧地提出，“默約”是真正的契約，“准契約”完全不是契約，在這兩者之間所存在的混淆不清，和把政治上的權利和義務歸因於被統治者和統治者之間的一個“原始契約”（Original Compact）的這個著名錯誤，有很多共同之點。早在這理論獲得定形之前，羅馬契約法的使用語大部分用來描寫人類所常常設想的存於君主和臣民之間的權利和義務上的相互關係。當世界上充滿了各式各樣的格言，極端斷然地提出國王的主張應該絕對服從，——這些格言伴稱來自“新約全書”，而實際上却是來自凱撒暴政的難忘回憶——如果羅馬“債”法沒有提供一種言語，能隱約表示當時還沒有完全發展的一種觀念，則被統治者應該享有相關權利的思想，將完全沒有表達的可能。我認為國王的特權和國王對其臣民的義務兩者之間的互不相容，自從西方歷史開始以來是從來沒有忘却過的，但在封建制度繼續盛行之際，除了純理論著作家外，這是絕少為人所注意的，因為封建制度通過明白的習慣有效地控制着歐洲多數君主，使不能有過分的理論上的權利。但是當封建制度衰亡、中世紀的組織脫出工作常規、以及宗教改革使教皇的權威不復為人所信任時，國王有神權的學理就顯著地立即提高

到它以前从来没有达到过的重要地位。它所获得的声价必须常常求助于罗马法的用语，而原来带有神学面貌的一种争论逐渐一天天地取得了一种法律争辩的色彩。于是出现了一种曾在意见史中不断重复出现的现象。正当君主权主张逐渐发展而成为菲尔美的学理时，从“契约法”中借用来的原来作为保护臣民权利的用语竟成为国王和人民间一个现实的原始契约的学说，这一个学说首先在英国人手中，后来、特别是在法国人手中发展成为社会和法律一切现象的一种广博的解释。但是政治学和法律学之间仅有的真正的联系，是在后者把其独特地有可塑性的术语的好处给与了前者。罗马“契约”法律学对君主和臣民关系上所作出的贡献，正和在一个比较狭小范围内、它对于为一个“准契约”责任拘束在一起的人们的关系上所作出的贡献完全相同。罗马“契约”法律学提供了一套文字和成语，充分正确地接近当时对于政治责任问题所具有的各种观念。一个“原始契约”学理所处的地位，从未能高过怀威尔博士 (Dr. Whewell) 所提出的，他的意见是：这个学理虽然是不够健全的，但“它可能是表示道德真理的一种方便的形式”。

在“原始契约”发明之前把法律用语广泛应用于政治主题上以及“原始契约”这个假定在后来所发生的有力影响，充分说明了在政治学中有着大量的为罗马法律学所独特创造的文字和概念。它们也大量地存在“道德哲学”中，这可能有不同的解释，这是由于罗马法比政治理论受到伦理著作更直接的贡献，而这些伦理著作的著者也更加自觉到他们责任的范围。在谈到道德哲学特别应该归功于罗马法律家时，我所指的应该是未经康德 (Kant) 中断其历史以前的道德哲学，即研究人类行为规则的一种科学，适当地解释这些规则的科学，以及这些规则应受的限制的科学。在“批判哲学” (Critical Philosophy) 兴起后，道德学的旧有意义几乎完全丧失，除了由罗马天主教神学者仍旧研究的诡辩学中用一种降格

的形式保留着之外，道德学似乎已普遍被認為只是本体論研究 (ontological inquiry) 的一个部門了。除怀威尔博士一人外，我在当时的英国著者中找不到一个人，他把道德哲学理解为在它被形而上学所吸收之前以及在它的規定的基础变成为比其規定本身更为重要的問題之前，为人們所理解的那样。可是，只要倫理科学涉及行为的实际統治时，它就多少受到羅馬法的浸潤。象現代思想中一切巨大主題一样，它是原来合併在神学中的。最初曾經被称为、以及現在仍为羅馬天主教神学者称为“道德神学”的科学，无疑地是在著者明知之下采用了教会制度中的行为原則而构成的，并且是用了法律学中的用語和方法为其表現和擴張的。在这个过程繼續进行的中間，法律学虽然只是准备成为發表思想的工具，但它不可避免地会把它的特色傳給思想本身。由于和法律概念相接触而感染到的特点，在現代世界最早的倫理文献中完全可以看到，我以为这是很明显的，以权利和义务完全的相互关系和不可分解的关系为基础的“契約法”曾被用为矯正著者們某种傾向的东西，因为这些著者如果听其自然，就有可能把一个道德責任完全看做“神国”(Civitas Dei) 中一个公民的公共义务。但是当偉大的西班牙道德学家們研究道德神学时，羅馬法在道德神学中的分量已显著減少。用博士評論博士的法学方法發展起来的道德神学有它自己的一套用語，而亞里士多德的推理和表現的特征，由于大部分无疑地是吸收自学院派的“道德論”(Disputations on Morals) 的，便代替了凡是精通羅馬法的人决不会誤会的那种特殊的思想方式和言語形式。如果道德神学家的西班牙学派的势力繼續着，則倫理学中的法律要素就有可能成为完全不重要，但是下一代研究这些主題的羅馬天主教著者在应用他們的結論时，几乎把他們的影響完全加以毀灭。道德神学降格成为詭辯学，不再为欧洲純理論的領袖們感到兴趣；完全操在基督新教徒手中的新的道德哲学，大大

超出了过去道德神学家的成就。其结果是使羅馬法对倫理研究的影响为之大大增加。

在“宗教改革”之后不久，我們發現有两大思想学派在这一个主题上划分开来。这两大学派中最有势力的一派最初我們称之为詭辯学派，他們都是些和羅馬天主教会有神交的人，并且他們几乎都是分属于这一个或另一个宗教教团的。在另一方面，則有另外一批著者，他們是以在学識上共同来自“战争与和平法規論”的偉大著者囂俄·格罗修斯而相互結合在一起的。几乎所有的后一派人都都是“宗教改革”的信徒，虽然不能說他們是正式地、公开地和詭辯学派發生冲突，但他們体系的起源和目的显然是和詭辯学派有着本質上的不同的。这个区别有必要加以重視，因为它涉及到羅馬法和对这两个体系都有关系的那个思想部門的影响問題。格罗修斯的著作虽然在每一頁中都接触到純粹“倫理学”的各个問題，并且虽然它是无数有关形式道德学的書籍的近的或远的根源，但众所周知，它不是“道德哲学”的一本專著：它是决定“自然法”的一个尝试。現在，无須研究这个問題，即一个“自然法”的概念是否羅馬法学專家的一种独有創造，我們可以断言，甚至格罗修斯本人也承認羅馬法律学的格言說，有些已知的现实法應該認為是“自然法”的一部分，这个格言縱使不是毫无錯誤，仍應該受到極端的尊敬而加以接受的。因此，格罗修斯体系在其基础上就是和羅馬法牽涉在一起的，而这种关系就不可避免地使他——这是著者所受法律訓練的必然結果——在每一章节中自由地应用着羅馬法中專門術語，以及各种推理、定义和例証的方式，而这些辯論的意义，特別是辯論的說服力，有时是被隱藏着的，是不熟悉于它們来源的讀者所不知道的。在另一方面，詭辯学很少借用羅馬法，而其所主張的道德觀念和格罗修斯所断言的全不相同。在詭辯学的名称下成为著名的或是不名誉的有关是和非的哲学，它的淵源来自“不可赦之罪”

和“可赦之罪”(Mortal and Venial Sin)間的区分。迫使詭辯哲学的著者發明一套精密的规范体系,以便在尽量把不道德行为从不可赦犯罪的范畴中移出来,并把它們定为可赦之罪,其动机之一是出于一种自然的渴望,想要避免把一种特定行为定为不可赦罪的可怕后果,另一种动机是出于一种同样地可以体会的愿望,就是为天主教会解除一种不便的理論,来帮助羅馬天主教会在和基督新教进行的冲突中取得胜利。这种試驗的命运,应屬於普通史的范围。我們知道,詭辯学派使僧侶輩有权对各色人等的性格加以精神上的約束,这样也就使它對諸侯、政治家和將軍們有着“宗教改革”时代以前所未听到过的一种影响,并且也真的对基督新教初步成就發生遏制和縮小作用的那个巨大反动作出了重大貢獻。但在其开始的企圖中,它不是在建立而是在規避,——不是在發現一条原則而是在逃避一个假定——不是在确定是和非的性質而是在行为的決定在一个特殊性質中哪些是不錯的,——詭辯学就是这样用了它的巧妙的高論繼續發展下去,直到它最后过分地削弱行为的道德特征,过分地誹謗了我們人类的道德本能,以致最后人类的良心突然起来反抗它,并把这体系和其博士們埋葬在一个共同的廢墟中。在長期不断的打击中,最后的一击来自巴斯噶(Pascal)的“書翰集”(Provincial Letters),在这些可紀念的“文件”出現后,就沒有一个即使影响最小、声望最微的道德学家敢于公开踏着詭辯学家的足迹前进。这样一来,全部倫理学的領域便完全留归追随格罗修斯的著者們控制了;它在很大程度上仍表現出和羅馬法糾纏在一起的迹象,这有时被認為是对格罗修斯理論的一种过失,但有时則被認為是对它的最高貢獻。自从格罗修斯时代以来,許多研究者已变更了他的原則,并且在“批判哲学”兴起以后,当然有許多人已完全拋棄了他的原則;但即使是那些远离其基本假設的人們,也繼承了很多他的陈述方法、他的思想路綫以及他的例証方式;而对于

不懂羅馬法律學的人，這些是絕少意義並且也是絕無妙處的。^①

我已經說過，在自然科學之外，沒有一門知識會象形而上學那樣受羅馬法的影響如此之少的。因為，有關形而上學主題的討論始終是用希臘文進行的，最初是用純粹希臘文，後來是用特意用來表現希臘概念的拉丁方言。現代語言只有在採用拉丁方言或在模仿了原來在其結構上所用的程序之後，才能適合於形而上學的研究。現代形而上學論文中所常用的用語，其來源是亞里士多德的拉丁譯文，其中，不論是否來自阿拉伯譯文，翻譯者的計劃並不是要從任何部分的拉丁文獻中找尋類似的言語，而是要從拉丁字根上重新創造一套相當於希臘哲學觀念辭句的成語。在這樣一個過程中，羅馬法的用語可能僅僅發生絕少的影響；至多，也只有少數變形的拉丁法律名詞進入形而上學的言語中。同時，必須注意，當有些形而上學的問題成為西歐最激烈的問題時，在其思想中，如果不是在言語中，一定洩露出來一種法律的本源。在純理論史中，很少事物有比下列事實給人以更深的印象，即凡是用希臘語言的人民從來沒有嚴重地感覺到為“自由意志”和“必然性”的大問題所困擾過。我不想對這一點作出任何概括的解釋，但這樣說明似乎並不是離題太遠的，即不論是希臘人或是用希臘語講話和思想的任何一個社會，都沒有顯示出來有產生一種法律哲學的最小的能力。法律科學是羅馬人的一種創造，“自由意志”的問題是當我們在一个法律觀點下研究一個形而上學的概念時發生的。為什麼會發生這樣的問題：不變的順序是否和必要的聯系相一致？我只能說，羅馬法的隨着它的發展而日益增強的趨勢，是認為法律後果是通過一種堅決的必然性而和法律原因相結合着的，這一種趨勢在我反復引用過的如下的“債”的定義中得到最明顯的證明：“應

^① 自197頁起至此處至，所引用的這一段是作者在1856年投寄“劍橋論叢”的一篇論文，轉錄時曾略加修改。

负担履行的义务的法鎖”。

但是“自由意志”問題在它成为哲学问题之前，是一个神学上的問題，如果它的名詞曾受到法律学的影响，这是由于法律学早已渗入了神学的緣故。这里所要提出并加以研究的大問題过去从来没有被滿意地闡述过。我們必須决定的是：法律学究竟有沒有被用来作为通过它而观察神学上各項原則的媒介；它究竟有沒有提供一种特殊的言語，一种特殊的推理方式，以及解决許多生活問題的特殊方法从而开辟新的通道，使神学上的純理論通过它順流而下并得到扩展。为了要得到一个答案，有必要回忆一下关于神学最初吸收的理智粮食最著名的著者們已經一致同意的究竟是什么。各方面都一致同意，基督教会最古的語言是希臘語，而它最初所从事的各种問題是那些希臘哲学在其后期形式中为它們开辟了道路的問題。人类从中获得从事于深奧爭論，如有关“神人”、“神質”和“神性”（the Divine Persons, the Divine Substance, and the Divine Natures）等等問題的手段的唯一的文字和觀念的宝庫，是希臘形而上学文献。拉丁語以及貧乏的拉丁哲学是不足以胜任的，因此，帝国中西方或操拉丁語的各省对于东方的結論，就毫无爭議或不加审查而采用了。弥尔曼教長（Dean Milman）說：“拉丁基督教接受了拉丁的狹隘膚淺的語彙所无法用适当名詞加以表示的信条。但是，自始至終，羅馬和西方之間的緊密粘固，是对于东方神学者較深奧的神学所精制出来的教条制度的一种被动的默从，并不是它自己对那些神秘事物加以有力的和有創造性的研究的結果。拉丁教会是阿塔納細阿（Athanasius）的弟子，同时也是他的忠实信徒”。但是，当东方和西方的分离一天天地扩大，操拉丁語的西羅馬帝国开始生活在其自己的精神生活中时，它对东方的謙遜突然为东方理論所完全不熟悉的許多問題的議論所代替。“当希腊神学〔弥尔曼：‘拉丁基督教’（Latin Christianity）

序,第5頁]用更精致的技巧来为‘神格’(Godhead)和基督的性質下定义时”——“当无休止的爭辯仍旧不断地延續,并从此陷于衰弱的社会中一个宗派跟着一个宗派傳佈出来时”——西方教会以非常的热誠投身于一类新的辯論中,这种辯論,从那时候起一直到現在,是包括在拉丁教会中的任何时候的任何人类所从来没有失去过兴趣的。“罪过”(Sin)的性质和它的可以由繼承而轉讓——人所欠的債務以及其代替的偿还——“贖罪”(Atonement)的必要和能力——最重要的是“自由意志”和“神意”(Divine Providence)之間的显然互不相容——,这些是西方开始进行辯論的問題,并且辯論时象东方在討論其比較特殊的信条的条款时同样的热烈。然則,在这个把希腊語各省从拉丁語各省分离开来的分界綫的两边,为什么竟会存在这样显著不同的两类神学上問題?教会历史家說过,新的問題比曾把东方基督教扯得粉碎的那些問題更多“实际”,更少絕對理論,他們的这种解釋,虽已接近答案,但就我所注意到的,他們中实在沒有一个人完全达到了全部答案。我敢毫不躊躇地断言,这两个神学体系間的不同,主要是由于这样一个事实,就是神学理論由东方傳到西方时,它是由希腊的形而上学的气氛移轉到羅馬法的气氛中。在这些爭辯成为有压倒重要性以前的几个世紀中,西方羅馬人的一切智力活动都完全花費在法律学上。他們都忙于把一套特殊的原則适用于生活情况可被安排的一切結合中。沒有任何外来的工作或風尚曾把他們的注意力从这全神貫注的事情上轉移开来,并且为了繼續这样做,他們有一个丰富而精确的詞彙,一个严格的推理方法,一批多少已为經驗所証实的有关行动的通則,和一个严正的道德哲学。因此他們也就不可能不从基督教記錄的各項問題中選擇那些接近于他們習慣的純理論制度的問題,他們处理這些問題的态度也就不可能不来自他們的法庭的習慣。几乎每一个对羅馬法有足够知識的人,能够理解羅馬刑法制度,罗

馬人由“契約或侵權”創設的債的理論，羅馬人對於“債務”以及對於“債務”產生、消滅和移轉的方式的見解，羅馬人對於通過“概括繼承”而個人繼續生存的觀念的人，都可以說明：西方神學問題經證明對它非常意氣相投的心境是來自什麼地方的，用以說明這些問題的用語是來自什麼地方的，以及應用於其解決中的推理方法又是來自什麼地方的。必須回憶一下，這逐漸滲入西方思想中的羅馬法既不是古城市的古制度，也不是“拜占廷皇帝”的經過刪改的法律學；當然，更不是幾乎埋沒於以“現代民法”名義通行於世的現代純理論學理的象寄生物那樣的過度發展中的大量規則。我所談的，只是指由安托寧時代偉大法律思想家所研究出來的、部分地由查斯丁尼安的“法學彙纂”加以轉載的法律哲學，這個體系很少缺點，除了它所要達到的高度的優雅、明確和精審，已超過了人類事務所許可以及人類法律所能限制的范围。

許多英國著名的和有信譽的著者，由於對羅馬法的無知（這是英國人不得不立即承認，但有時不以為恥，反以自夸的），對羅馬帝國時期內人類智力狀態提出了最不足取的奇論。他們常常這樣主張，並且是毫不躊躇地、好象在提出這命題時毫不鹵莽似的，認為從奧古斯多時代終了的時候起一直到一般對於基督信仰開始發生興味時，文明世界的心力遭受到癱瘓症的猛烈侵染。這時有兩個思想主題，——也許是除了自然科學之外仅有的兩個——可以供人們所具有的一切能力作專心致志的研究。其中之一是形而上學的研究，這只要人願意繼續鉅研是沒有限制的；另一個是法律，這是和人類的事務同樣地廣大的。恰巧在上述的時期中，操希臘語的名省專心從事於其一，而操拉丁語的各省又專心於另一種問題。我不想談亞歷山大城和東方在純理論研究方面的成果，但我大膽地斷言，在羅馬和西方的手中有一件工作，足以補償在其他智力上的欠缺，並且我要附帶說明一句，他們所獲得的結果，就我們

所知而論，對於他們所花費的堅毅的專門的勞力，並不是不值得的。除了一個職業法律家外，也許沒有人能完全了解“法律”能吸收個人的多少精力，但是一個普通人也不難理解為什麼羅馬集體智力的一個不平常部分會被法律學所獨占。“一個特定社會的精通法律學，它所依靠的條件，和它在任何其他種類研究中所依靠的條件終久是完全相同的；而條件中最主要的是全國智力花費的比例，以及時間的長短。當促使一種科學前進和完善的一切直接的和間接的原因結合在一起時，這種結合在從‘十二銅表法’到兩個帝國分裂時候為止的這個長時期內繼續對羅馬的法律學發生作用，——並不是不規則的和間斷的，而是力量繼續不斷地增長，數量繼續不斷地增加的。我們可以看到，一個年輕國家最早的智力活動是研究它的法律。一當人們的智力第一次有意識地努力要作出概括時，首先包括在一般通則和包含豐富的公式中的是日常生活中的事務。年輕共和國集中一切精力專心從事法學研究的聲勢，在開始時是毫無限制的；但不久就終止了。智力不再為法律所壟斷。早晨集合在偉大羅馬法學專家那里的聽眾減少了。英國‘法學院’的學生數從幾千人減少到了幾百人。藝術、文學、科學和政治在全國的知識界取得了它們的分額；而法律學的實踐則限制於一個職業界的範圍之內，雖然並不是有限的或是無關重要的，但它所以能有吸引力，一方面是由於這一門科學的固有的引人之處，另一方面亦是由於因此而可能獲得的酬報。這一系列的變化在羅馬甚至比在英國表現得更為顯著。到共和國時代的末期，法律是除了有將軍的特殊天才的人以外一切有才幹的人的唯一天地。但是到了奧古斯多時代，一個新的智力發展的階段開始了，正象我們的伊利薩伯時代開始一樣。我們都知道它在詩歌和散文上的成就；但必須說明，有些迹象表明在其裝飾文學的光輝燦爛以外，它已到了在自然科學中作出新征服的前夕。但是到這個時候，羅馬國家中智力

的历史已不再和智力进步到这时为止所追求的道路平行前进。羅馬文学严格講起来只能說是曇花一現，它在各式各样的影响下突然終止，这些影响虽然有一部分是可以探索的，但在这里加以分析是不适当的。古代的知識界有力地被推回到其老路上去，而法律又成为專屬於天才的正常範圍，正和羅馬人把哲学和詩歌蔑視作为一种幼稚民族的玩具的时代一样。在帝政时代，使一个有天才的人从事于法学專家的事业的外因，其性質究竟是怎样的，要理解这一点，最好的方法是考虑他在選擇职业时所面对的抉擇。他可能成为一个修辞学教师，一个边境哨地的司令官，或是一个頌詞的职业著者。此外，能容納他的仅有的现实生活中的其他职业是法律职业。通过了这，可以到达財富、名譽、官职、君主的會議室——甚至可以达到王位的本身。”^①

學習法律学的报酬是巨大的，所以在帝国境内到处都有法律学校，甚至在形而上学的領域内也是如此。虽然帝国首都迁到拜占廷显而易见地推动了它在东方的研究工作，但法律学从沒有能推翻和它相竞争的各种學問。它所用的語言是拉丁，这是帝国东半部的一种外来方言。只是对西方我們可以說，法律不但是有野心的和有抱負的人的精神食粮，并且是一切智力活动的唯一滋养。对于羅馬的知識界，希腊哲学仅不过是一个短促的風尚，并且当新的东方首都建立，帝国分裂为二，西方各省就比以前更明白地和希腊純理論相分离，更明白地專心于法律学。当他們这样不再听命于希腊人，并开始自行建立其神学时，这个神学經証明渗透了法律的觀念并在其措辞中用了法律的用語。当然，在西方神学中，这个法律的基体是十分深厚的。一套新的希腊理論，即亞里士多德哲学，后来流入西方，并且几乎完全掩沒了土著的學理。但到“宗教

① “劍橋論叢”，1856年。

改革”、它部分地擺脫了它們的影響時，它立即用“法律”來補足它們的地位。在喀爾文(Calvin)和阿明尼阿斯(Arminius)兩種宗教體系中究竟哪一個有更顯著的法律性質，這是很難說的。

羅馬人的特殊的“契約”法律學對現代“法律”中相當部門所發生的巨大影響，似不屬於本文範圍，應屬於成熟的法律學史。這種影響要直到波羅諾學派創立了現代歐洲法律學後才感覺到。但羅馬人在帝國衰亡前曾把“契約”概念發展得非常完全的事實，在比上述時期更早的一個時期就具有重要性。我曾不止一次地說過，“封建制度”是古代蠻族習慣和羅馬法的一種混合物；其他任何解釋都是不足信的，甚至是不可領會的。封建時代最早的社会形式和原始人類到處結合在其中的一般社團很少區別。一個“封地”是一些財產權利和人身權利不可分解地混合在一起的一種有機的、完全的結合。它和一個印度“村落共產體”以及一個蘇格蘭高原部族社團有許多共同之處。但封建社會仍具有某種現象，是我們從文明初創者自發形成的社團中找不到的。真正的古代共產體不是由明白的規定而是依靠情緒，或者，我們應該說，依靠本能，結合在一起的；凡是新來者都虛假地裝做有血統關係而就在這個本能的範圍之內被納入社團的。但是最早的封建社會既不是僅僅由情緒結合起來的，也不是靠一種擬制來補充其成員的。把他們結合在一起的紐帶是“契約”，他們用和新伙伴締結一個契約的方法來獲得新伙伴。封建主和屬臣的關係原來是用明白的定約來確定的，一個願意把自己用推薦或分封土地的方法接納在同族之內的人，對於他被接納的各項條件是明白了解的。因此，把封建制度和原始民族純粹慣例加以區分的主要東西是“契約”在它們中間所占的範圍。封建主具有一個宗法家長的許多特點，但他的特權為多種多樣確立的習慣所限制，這種習慣來自分封土地時經過同意的明確的條件。使我們不能把封建社會和真正的古代社會歸屬一類，其主要

的不同之点就是由此而来的。封建社会比較持久,比較多种多样;它們所以持久,是因为明确的規定比本能的習慣不容易毀灭,其所以多种多样,是因为它們所根据的契約是依照交出或授与土地的人的具体情况和具体要求而調节的。这最后的理由可以用來說明那在我們中間流行的关于現代社会淵源的通俗意見是如何大大地需要修正。人們常說,現代文明的外貌所以如此地不規則和多样化,主要是由于日耳曼民族的丰富而易变的天才,这和羅馬帝国那种迟鈍的常規是完全不同的。真相是,羅馬帝国把法律概念遺傳給了現代社会,而这种不規則正是来自那些法律概念;如果說蛮族的習慣和制度有一个特点比另一个特点更为显著,那末这个特点就是它們的極端一致。

第十章 侵权和犯罪的早期史

“条頓法典”(Teutonic Codes)包括我們盎格魯-撒克遜的法典在內,是流傳到我們手里的唯一的古代世俗法律,关于它原来的規模我們可以形成一个明确的概念。虽然羅馬和希腊法典的現存片断足以証明它們的一般性質,但殘存的数量不多,还不够使我們十分确切地知道它們到底有多大的篇幅以及各个部分相互的比重。但大体而論,所有已知的古代法的蒐集都有一个共同的特点使它們和成熟的法律学制度显然不同。最显著的差別在于刑法和民法所佔的比重。在日耳曼法典中,民事部分的法律比刑事部分範圍要狹小得多。德累科法典科处血刑的傳統,似乎表明它也有同样的特点。只有在“十二銅表法”(这是一个具有偉大法律天才和一个溫良風俗的社会的产物)中,它的民事法律才有些象其現代的先例;但是損害救济方式所佔的地位,虽然不是異常巨大,但却是相当大的。我以为可以这样說,法典愈古老,它的刑事立法就愈詳細、愈完备。这种現象常常可以看到,并且这样解釋无疑地在很大程度上是正确的:由于法律初次用文字写成时,社会中經常發生强暴行为。据說,立法者按照野蛮生活中某一类事件發生次数的多少以分配其工作的比重。但我認為这个說法并不十分完全。應該回想一下,在古代的蒐集中民事法律比較缺少是和本文中所討論的古代法律学的其他特征相一致的。文明社会所施行的法律的民事部分,有十分之九是由“人法”、“財產和繼承法”以及“契約法”組成的。但是很显然,當我們越接近社会的萌芽时代,这一切法律学領域就愈縮小到更狹小的範圍之內。既然一切身分形式都共同从屬於“父权”之下,既然“妻”对其“夫”沒有任何权利,子对其父也沒

有任何权利,以及嬰兒“受监护人”对作为其“监护人”的“宗亲”,也沒有任何权利,这个等于是“身分法”的“人法”即被限制在最狹小的限度內。同样地,有关“财产”和“繼承”的規定决不会很多的,既然土地和財物是在家族內授受,并且,如果真要分配的話,也是在家族的範圍內进行的。但是,古代民法中最大的缺口始終是由于缺少“契約”而造成的,在有些古代法典中完全不提到“契約”,而在另一些古代法典中則用一种精細的“宣誓”法律来代替“契約”,这足以証明“契約”所依据的道德观念还没有成熟。至于刑法,則并没有同样的使它貧乏的理由,因此,縱使我們不应冒昧地宣称在国家的幼年时代总是一个无法抑制的强暴时期,我們仍旧應該懂得为什么刑法和民法的現代关系竟在古代法典中顛倒过来。

我曾認為:原始法律学曾以近代所不知道的优先給与犯罪法。这种說法完全是为了方便起見,但事实上,对古代法典的仔細考察使我們知道,它們以非常的数量揭示的法律并非真正的犯罪法。所有文明制度都一致同意在对国家、对社会所犯的罪行和对个人所犯的罪行之間,應該有所区别,这样区别的两类損害,我称之为犯罪 (climina) 和不法行为 (delicta),虽然我并不認為这两个名詞在法律学上是始終这样一致应用的。古代社会的刑法不是“犯罪”法;这是“不法行为”法,或用英国的术语,就是“侵权行为”法。被害人用一个普通民事訴訟对不法行为人提起訴訟,如果他胜訴,就可以取得金錢形式的損害补偿。我們試参考該雅士在“評釋”中根据“十二銅表法”对刑事法律学所作的討論,可以看到,在羅馬法所承認的民事不法行为的开头有窃盜罪 (Furtum)。我們在習慣上認為專屬於犯罪的罪行被完全認為是不法行为,并且不仅是窃盜,甚至凌辱和强盜,也被法学專家把它們和扰害、文字誹謗及口头誹謗联系在一起。所有这一切都产生了“債”或是法鎖,并都可以用金錢支付以为补偿。但这个特点,最有力地表現在日耳曼部落

的統一法律(the consolidated Laws of Germanic tribes)中。它們对杀人罪也不例外有一个龐大的用金錢賠償的制度，至于輕微損害，除少数例外，亦有一个同样龐大的金錢賠償制度。垦布尔先生(Mr. Kembles)〔在“盎格魯-撒克遜”(Anglo-Saxons) 卷一，第 177 頁中〕写道：“根据盎格魯-撒克遜法律，对于每一个自由人的生命，都可以按照他的身分而以一定金錢为賠償，对于其身受的每一个創伤，对于他的民权、荣誉或安宁所造成的几乎每一种損害，都可以用相当的金錢为賠償；金額按照偶然情势而增加”。这些和解費明显地被認為是收入的一种有价值的来源；一套高度复杂的規則規定着申請它們的权利和負擔它們的責任；并且象我在前面已經說过的那样，如果它們在所屬的人死亡时还没有清償，它們常根据一些特殊的規定而遺傳下去。因此，如果一种侵权行为或不法行为的标准是：被認為受到損害的是被損害的个人而不是“国家”，則可断言，在法律学幼年时代，公民賴以保护使不受强暴或詐欺的，不是“犯罪法”而是“侵权行为法”。

于是，在原始法律学中“侵权行为”被大量地扩大了。必須說明，原始法律学也涉及“罪过”。对于条頓法典，我們几乎是毋庸作这样的說明的，因为我們所接受到的这些法典的形式，是經基督教立法者編纂或改写过的。但是，在非基督教的古代法律中，对于某类行为和不行为也往往因为違背了神的指示和命令而加以刑罰。雅典“阿勒烏柏果斯元老院”(Senate of Areopagus)所适用的法律也許是一个特殊的宗教法典，而在羅馬，显然从很早的时期起，教長法律学就对通姦罪、瀆神罪以及謀杀罪加以刑罰。因此，在雅典和在羅馬各省中，法律处罰罪过。他們也有处罰侵权行为的法律。触犯“上帝”的罪行的概念产生了第一类的律令；触犯邻居的概念产生了第二类的律令；但触犯国家或集成社会的觀念，并沒有一开始就产生一个真正的犯罪法律学。

但是我們不能就因而假定，对国家做出不法行为这样一种簡單而基本的概念，是在任何原始社会中都缺乏的。很可能在最初阻止犯罪法律發展的真正原因，正是由于这个概念被理解得很清楚明白。無論如何，当羅馬社会認為它本身受到了損害时，它即絕對按照字面地类推适用当一个个人受到不法行为时所發生的后果，国家对不法行为的个人就用一个單一行为来报复。其結果是，在共和国的幼年时代，对于严重妨害国家安全或国家利益的每一种罪行，都由立法机关制定一个單独法令来加以处罰。这就是对于一个犯罪 (crimen) 的最古概念——犯罪是一种涉及重要結果的行为，对于这种行为，国家不交給民事法院或宗教法院审判，而專对犯罪者制定一个特別法律 (privilegium) 加以处理。因此，每一个起訴都用一种痛苦和刑罰狀 (a bill of pains and penalties) 的形式，而审判一个犯人 (criminal) 所用的一种訴訟程序是完全非常的、完全非正規的、完全离既定的規則和固定条件而独立的。一方面由于执行正义的法院就是主权国家本身，另一方面由于不可能把規定的或禁止的行为加以分类，因此，在这个时代中，就沒有任何犯罪法律、任何的犯罪法律学。所用的程序和通过一条普通法令的形式完全相同；它是由同样的人物提議，并且用完全同样的仪式来进行的。可以注意的是，当一种犯罪法律連同执行它的一套“法院”和官員們在后来出現时，旧的程序可能是由于它符合于理論，仍旧严格地适用着；由于这一种方法不复为人所信任，羅馬人民常对触犯国家尊严的人保留着用一种特別法律加以处罰的权力。凡是古典派的学者都能知道，雅典的痛苦和刑罰狀 (εἰσαγγελία) 正是完全同样地，在正式法院成立后还繼續存在。我們也知道，当条頓民族的自由人集会立法时，他們也主張有权刑罰特別兇殘的罪行，或刑罰佔有崇高地位的犯人所犯的罪行。具有这种性質的，是“盎格魯-撒克遜国会” (Anglo-Saxon Witenagemot)

的刑事管轄權。

也許有人以為，我所說的古代和現代關於刑法觀念上所存在的不同，只是在口頭上存在。可以這樣說，社會除了用立法的方法來處罰犯罪外，從最早時代起，它就用它的法院來進行干預，強迫不法行為人補償其不法行為。如果它是這樣做了，那就始終可以假定社會在某些方面由於他造成的罪行而受到了損害。但是，不論這個推論在今天的我們看來是如何嚴格，它是否真正由原始古代的人們所作出，依舊是一個疑問。國家在最早時代通過其法院而進行干涉，很少是由於國家受到了損害這個觀念，這從下述的情況中可以看出，即在原來的司法行政中，它所採用的程序，主要是摹倣私人生活中可能要做的一系列的行为，即人們在生活中發生了爭執，但在後來不得不把他們的爭執提交和解。高級官吏謹慎地倣效着臨時被召喚來的一個私人公斷者的態度。

為了要表明這個說法不僅僅是一種幻想，我將提出它所依據的證據。我們所知道的最古的司法程序是羅馬人的“誓金法律訴訟”(Legis Actio Sacramenti)，所有後期的羅馬“訴訟法”(Law of Actions)都是從它發展來的。該雅士曾詳盡地描述它的儀式。初看起來，這好像是毫無意義甚至荒謬的，但稍加注意，就可使我們了解它的意義。

訴訟的標的一般認為是應該存繳到法院中的。如果是動產，就用原物。如果是不動產，就以碎片或樣品為代替；例如土地用一塊泥，房屋用一塊磚作代表。在該雅士所選的例子中，訴訟是為了一個奴隸。當訴訟開始時，原告手持一竿前進，這一根竿子據該雅士的說明是象徵著一支槍。他抓住了奴隸，并用下述語句主張他的權利，“我根據公民法的規定主張這個人是我所有的”(Hunc ego hominem ex Jure Quiritium meum esse dico secundum suam causam sicut dixi)；接着他用竿觸他，說，“現在把槍放在他身上”

(Ecce tibi Vindictam imposui)。被告进行着同样的一系列的行为和动作。这时裁判员进而干涉，他吩咐訴訟两造放手，“放开槍”(Mittite ambo hominem)。他們服从了，原告就要求被告提出其干涉的理由，“我請求这物件，你有什么理由主張权利”(Postulo anne dicas guâ ex causâ vindicaveris)，对这个問題所給与的回答是一个新的权利的主張，“我已主張这物件是我所有，所以把槍放在他身上”(Jus peregi sicut vindictam imposui)。到这时，第一个請求人提出一笔称为“誓金”的金錢，作为他提出案件正当的賭注，并說，“你的权利主張沒有根据，我願以誓金决胜负”(Quando tu injuriâ provocasti, Dæris Sacramento te provoco)，被告于是說“我也給”(Similiter ego te)，接受賭注。这以后的程序已不再是一种正式需要的了，但須注意，裁判员从誓金中提取保証金，这些保証金常被解入国庫。

这是每一个古羅馬訴訟的必要的开端。有人認為这就是一个戏剧化的“公道的起源”，我以为，这个意見是很难不予同意的。两个带武器的人为了某种引起糾紛的財產而爭吵着。裁判员，一个因恭敬謹慎和功績而受尊敬的人(vir pietate gravis)，恰巧經過，居間要求停止爭執。爭吵的人就把情况告訴他，同意由他公断，他們一致同意失敗的一方除了放棄爭執的标的物外，并应以一定数量的金錢給付公断人，作为麻煩和時間上損失的酬报。如果不是由于一个意外的巧合，該雅士所描写的一个“法律訴訟”中必要的訴訟程序，實質上是和荷馬所描写的給“火及金屬工作之神”(God Hephaëstus) 鑄造为亞济里斯盾牌的第一格 (First Compartment of the Shiled of Achilles) 的两个主題之一完全相同，則这个解釋将不象它表面上那样地可信。在荷馬所描写的审判劇內，似乎为了特意要表明原始社会的特証，爭議不是为了財產，而是为了一个杀人罪的和解費。一个人說他已經付了，另一个人說他从来沒有

收到过。但是使这幅圖画成为古羅馬实践的复本的細节就是指定要交給法官的酬金。两个塔侖 (talent) 的黃金放在中間，这些黃金要付給那个能把判決的理由解釋得使听众感到極為滿意的人。这个数額，和“誓金”的細小相比，显得十分巨大，这在我看来，表示着变动中的慣例和已經巩固为法律的慣例之間的差別。这被詩人認作是英雄时代城市生活中一个显著的、特有的、但仍旧只是偶然的特点而加以介紹的一幕，在民事訴訟的历史开始时，就被固定而成为一种正式的、通常的訴訟手續。因此，很自然，在一个“法律訴訟”中，“法官”的酬劳会减低到一个合理的数額，并且不再用公决的方法把它公断給許多公断人中的一个人，而視為当然地把它付給裁判官所代表的国家。但我毫不怀疑，荷馬如此生动地加以描写并由該雅士用了比平常粗劣的術語精美得多的術語来描写的这些事件，在實質上它們的意义是完全一致的；为了肯定这个見解，應該附加說明，許多觀察現代欧洲最早司法慣例的觀察者都認為“法院”加于罪人的罰金原来就是誓金，“国家”并不因为被告对它做了任何不法行为而取得和解費，但从給与原告的賠償中取得一分作为時間和麻煩的公平代价。星布尔先生明白地認為 盎格魯-撒克逊的 *bannum* 或 *fredum* 具有这种性質。

古代法律还提供了其他証据，証明最古的司法官吏模倣着私人爭執中人們的可能行为。在决定賠償損害时，他們以在該案件的情况下一个被害人可能要采取报复的程度作为他們的指南。这就說明了为什么古代法律对于現行犯或犯罪后不久被捕的犯人以及經過相当時間后被捕的犯人处以很不同的刑罰的原故。在古羅馬的“盜竊法”中有几个有关这个特点的奇怪例証。“十二銅表法”似將“盜竊罪”分为“显然的”和“非显然的”两种，并根据罪行归类的不同而处以显著不同的刑罰。“显然的盜竊”是指在行竊的屋子里被捕的人或是攜帶贓物向安全处所逃避中被捕的人；如果 他

原来是一个奴隶，“十二銅表法”判处他死刑，如果他是一个自由人，“十二銅表法”判处他为財產所有人的奴隶。“非显然的窃盜”是指在上述以外其他任何情况下被發現的人；对这一类的罪人，旧法典只是簡單地要求他双倍償回他所偷窃的价值。在該雅士时代，“十二銅表法”对“显然的窃盜”的过度严酷，大大減輕了，但是法律仍維持旧的原則，处以四倍于偷窃价值的罰金。至于“非显然的窃盜”則仍旧繼續給付双倍。古代立法者无疑地認為，如果讓被害的財產所有人自己处理，則在他盛怒之下所拟加的刑罰必将和窃盜在一个相当时期后發覺时，他所能滿意的刑罰，完全不同；法律刑罰的等級就是根据这个考虑而調整的。这里边的原則和盎格魯-撒克逊及其他日耳曼法典所遵循的原則完全相同，这些法典規定人賊并获的窃盜应当場絞杀或斬首，但对于追捕已經中断而仍把他杀死的人，則規定要处以杀人罪的刑罰。古代法律中的这些区别有力地証明一个改进的和一個粗糙的法律学之間的距离。現代司法行政者公認為最感困难的，是对屬於同一專門类型的各种罪行，把它們的犯罪程度加以区别。我們很容易說一个人犯了过失杀人罪、窃盜罪或重婚罪，但如果要确定他所犯道德罪过的程度，从而确定他所应受刑罰的輕重，則常常是最感困难的。如果我們企圖正确地解决这个問題，我們在决疑上，或在动机的分析上，必将遇到困难；因此，我們今日的法律就开始了一种日益增長的傾向，尽可能对这問題不在現實法上加以規定。在法兰西，当陪审团認為有罪时，究竟这个罪是否有可以減輕的情况，听由陪审团加以决定；在英格兰，准許法官对于刑罰的選擇有几乎无限的伸縮范圍；所有的国家都对誤用法律保留着叫做“赦免特权”的一种最后补救办法，这种权力一般都归“元首”（Chief Magistrate）掌握。很奇怪，原始时代的人們很少受到这些躊躇的苦恼，他們完全确信被害人的冲动是他有权要求报复的正当标准，并且他們正确地摹倣

他情感的升降以確定他們的量刑標準。我希望能夠這樣說，他們的立法方法是已過時效的。但有些現代法律制度，在遇到嚴重不法行為時，承認不法行為者在當場被捕時其所受被害人過度的懲罰是有正當理由的——這一種寬縱，雖然在表面上看來似乎是可以理解的，但據我看來，在實際上是根據於一種很低微的道德觀念。

我曾說過，最後引導古代社會形成一個真正犯罪法律學的理由，是非常簡單的。國家自以為是受到損害了，“人民議會”就伴隨著立法行為的同一行動直接打擊犯人。最古犯罪法院只是立法機關的一部分或委員會——雖然在現代並不完全是如此，我將有機會指出——在古代世界，確實是如此的。無論如何，這是最大的兩個古國的法律史所指出的結論，在一個情況中是相當清楚的，而在另一個情況中是絕對明白的。雅典的原始刑法把犯罪的懲罰一部分委託給“執政官”(Archons)作為侵權行為而加以處罰，一部分委託給“阿勒烏柏果斯元老院”，作為罪過而加以處罰。這兩個管轄權在最後都移轉給“希黎亞”(Heliæa)即平民高等法院(the High Court of Popular Justice)，而“執政官”和“阿勒烏柏果斯”的職能便成為只是行政的或竟完全無意義的了。但“希黎亞”只是“議會”的一個古字；古典時代的“希黎亞”只是為了司法目的而召集的“人民議會”，著名的雅典“迪卡斯德黎”(Dikasteries)只是它的一部分或是陪審官。在羅馬，也發生過相應的變更，這更容易加以解釋，因為羅馬人把他們的試驗限於刑法，他們和雅典人不同，並不使普通法院既有民事的又有刑事的管轄權。羅馬犯罪法律學的历史開始於古“平民法院”(Judicia Populi)，據說是由國王主持的。這些全然是立法形式下對大罪人的莊嚴審判。但似乎從一個很早的時期起，“民會”有時把它的犯罪管轄權委託一個“審問處”(Quæstio)或“委員會”，它和“議會”的關係，正和“眾議院”的一個“委員會”與“議院”本身的關係一樣，只是羅馬的“委員”或“審問官”

(Quæstores) 不仅对“民会”提送报告, 并且也行使該团体本身習慣上行使的一切权力, 甚至包括对“被告人”判刑。这样的“审問处”只被指定审判一种特殊犯人, 但并没有規定不許可二个或三个“审問处”在同时进行审判; 很可能, 当有几件对社会的严重不法案件同时發生时, 有几个“审問处”在同时受到委派。也有迹象表明, 有时这些“审問处”非常近似我們“常設委员会”(Standing Committees) 的性质, 因为它们是定期委任的, 不必等待某种严重犯罪行为的發生。在很古的时代的議事录中被提到过的, 旧的“弑亲审問官”(Quæstores Parricidii) 有权审判(或如 有的人認為的那樣, 有权搜索和审判)一切弑亲和謀杀案件, 他們似乎是正規地每年选派的; 而审判对共和国有严重危害的二人委员会或“叛逆二人委员会”(Duumviri Perduellionis), 大多数著者也相信是定期指派的。把这些权力委派給这些官吏, 使我們又前进了一步。不再是在对国家犯罪發生时, 才被委派, 而是在有可能發生时, 就已具有一般的、虽然是暫时的审判权。这时已很接近一种正規的犯罪法律学, 这也可以从“弑亲”和“叛逆”这些一般用語上显示出来, 这些用語標誌着已临近彷彿是犯罪分类的那种东西。

但真正的犯罪法要到紀元前 149 年才开始产生, 当时古尔潘尼斯·披梭 (L. Calpurnius Piso) 实行了所謂“古尔潘尼亞貪污律”(Lex Calpurnia de Repetundis) 的制定法。这个法律适用于有关盜用金錢 (Repetundarum Pecuniarum) 的案件, 这就是, 各“省民”(Provincials) 对总督 (Governor-General) 不正当征收的金錢有償还的請求权, 但这个制定法的最大和永久重要性在于它建立了第一个“永久审問处”(Quæstio Perpetua)。一个“永久审問处”是一个永久的委员会, 和那些临时的 以及那些暫时的是有区别的。它是一个正規的刑事法院, 它的存在从創設它的制定法通过时候起, 一直繼續到廢棄它的另一个制定法通过时候

為止。它的成員不是象較早的“審問處”的成員那樣特別任命的，而是在組成它的法律中規定由特種法官中選任並按照明確的規定進行更換。它有權審理的罪行也是在條例中明白規定和明白下定义的，新的“審問處”有權在將來審判一切人，如果他的行為符合於法律所規定的犯罪的定义。因此，它是一個正規的犯罪司法機關，行使一種真正的刑事法律學。

因此，原始犯罪法史可分為四個階段。我們可以了解犯罪的概念和不法行為或侵權行為以及罪過的概念是有區別的，在犯罪的概念中包括着對國家或社會集體所加損害的概念，我們首先發現的是，共和國按照這概念的字面意義由它自己直接干預或由它用單獨行為對那些損害國家的人給予報復。這是我們的出發點；每一個公訴狀就是一個痛苦和刑罰狀，這是一個特別法律，指明犯人的姓名，並規定他的刑罰。當犯罪種類增加，使立法機關不得不把權力委託給特別“審問處”或“委員會”，它們都有權對一個特定的控告進行調查，並在控告經證明屬實後有權對特定犯人加以處罰。這時，第二步方告完成。當立法機關不再等待一個犯罪發生以後方才委託“審問處”，而在某種犯罪有發生的可能以及預防這些犯罪將要發生時，定期的任命象“弑親審問處”和“叛逆二人委員會”那樣的“委員”時，它又作了另一次運動。至最後階段，“審問處”從定期的或臨時的變為永久的法院——法官們不再由指派委員會的特定法律加以指定，而是規定在將來用一種特定方法和從一個特定階級中選任——，並把某種行為用普通文字加以說明和宣布為有罪，如果觸犯了，就將處以適合於每一種犯罪的刑罰。

如果“永久審問處”有一個較長的历史，它們將無疑的會被認為是一個各別的制度，它們和“民會”的關係將不會比我們自己的法院和君主之間的關係更為密切，君主在理論上是公道的泉源。但帝國暴政在它們的淵源被完全忘却前就把它們全部摧毀，並且，在

它們存續的時期內，這些“永久委員會”被羅馬人視為僅僅是一種委託權的受託人。犯罪的審判權被認為是立法機關的一種自然屬性，而公民的心理總是要從“審問處”回復到“民會”，是民會把它不可分割的職能的一部分委託給“審問處”執行的。甚至在“審問處”成為永久機關時也認為它只是“平民議會”的“委員會”——只是為一個較高的權威服役的機關——，這個看法有重要的法律後果，其痕迹留在犯罪法中一直到最近的時期。它的直接結果之一是在“審問處”成立了很久之後，“民會”仍繼續通過痛苦和刑罰狀而行使刑事管轄權。雖然立法機關為了便利起見，同意把其權力委託於其自身以外的機關，我們並不能就認為它已經完全放棄了這些權力。“民會”和“審問處”繼續平行地審判犯人；在平民發生任何不平常的大公憤時，直到共和國消滅時為止，必然地要在“部落民會”(Assembly of the Tribe)前對其對象提起控訴。

共和國各種制度中最顯著的特征之一也來自這“審問處”的依附於“民會”。羅馬共和國刑法制度中“死”刑的消滅一向是上一世紀中著者們最喜愛的題目，他們經常利用它指出羅馬人的性格和現代社會組織的學說。這種斷然地提出的理由，認為它純粹是出於偶然的。在羅馬立法機關陸續採取的三種形式中，為眾所習知的一種，即“兵員民會”(Comitia Centuriata)，是專門在行軍中代表國家的。因此“兵員民會”就具有一個軍隊指揮官所應有的一切權力，它有权使所有的犯過失的人，遭受一個士兵在違犯紀律時所應得的同樣懲戒。因此，“兵員民會”可以科處死刑。但“貴族民會”或“部落民會”(Comitia Tributa)則不然。羅馬城中的羅馬公民是由宗教和法律賦與神聖性的，由於這一點，這兩種民會就都受到了束縛，並且，就這後一種“部落民會”而論，我們確知：根據確定的原則，“部落民會”最多只能科處罰金，既然刑事審判權專屬於立法機關，而“兵員民會”和“部落民會”却繼續行使着平列的權力，於是

容易就会把比較严重的犯罪向科处較重刑罰的立法机关起訴；但在这时，比較民主的民会即“部落民会”几乎已完全代替了别的民会，成为后期共和国的普通立法机关。共和国的衰落，正当“永久审問处”設立的时候，因此設立它們的制定法都是由一个立法机关通过，而这个立法机关本身在通常开会时也不能对一个犯人判处死刑。所以，具有受委托权威的“永久司法委员会”（Permanent Judicial Commissions），在其权力和能力上，受到委派权力給它的团体所具有的权力限度的限制。它們不能做“部落民会”所不能做的事；既然“民会”不能判处死刑，“审問处”也就同样的无权判处死刑。这样达到的变例在古代并不象現代一样用贊成的眼光来看它，并且，真的，羅馬人的性格是否会因此而变好，是个疑問，但可以肯定的是，“羅馬宪法”竟变得更坏。正如每一个跟随着人类历史一直流傳到今日的制度一样，死刑在文明过程的某一些阶段中对社会是必需的。有一个时期，廢棄死刑的企圖挫敗了作为一切刑法根源的两大本能。如果沒有了死刑，社会将感觉到它对罪人沒有获得充分的报复，同时也将以为刑罰的赦免将不足以阻止別人的仿效。羅馬法院不能判处死刑，显然地、直接地引入一个恐怖的革命时期，即称为“公敌宣言”（Proscriptions）的，在这期間內，一切法律都正式停止执行，只因为党派暴行不能为它所渴望的报复找到其他的出路。这种法律的間歇的中止，是使羅馬人民政治能力衰敗的最有力的原因；并且，一旦到达这样境地，我們可以毫不迟疑地說，羅馬自由的毁灭仅仅是一个時間問題，如果“法院”的工作能使人民的热情有一个适当的出口，司法訴訟的形式将无疑地被罪恶昭彰地濫用，象在我国后期斯圖亞特（Stuarts）的各个朝代一样，但国民性格将不致于象它在实际上那样深受其害，羅馬制度的稳定也不致于象它在实际上那样严重受到削弱。

我还要提一提羅馬刑事制度中由这同一的司法权的理論产生

的另外两个特点。这两个特点是：羅馬刑事法院的非常众多以及犯罪分类的变化繁多和極不規則，这是羅馬刑事法律学全部历史中一貫的特色。据說，每一个审問处，不論是否永久的，都以一个各別的制定法为其創始的来源。它从創設它的法律得到权力；它严格遵守其特許狀所規定的範圍，对于特許狀所沒有明白規定的各种犯罪是不能过問的。由于組成各种“审問处”的制定法都是为了适应特种紧急需要，事实上每一种制定法都是为了懲罰当时的情况特別令人憎惡和特別危險的一类行为，这些立法在相互之間絲毫沒有关系，并且也沒有共同原則把它們联系起来。同时存在的不同犯罪法共有二三十种，由数目完全相等的“审問处”来执行它們；在共和国时期內，並沒有作过任何企圖要把这些各別的司法机关合而为一，或是要把委任它們和規定它們責任的各种制定法中的規定加以匀称。这个时期羅馬犯罪管轄权的情况在某些方面有些象英国的民事救济行政，当时英国普通法院还没有把那种拟制的証言引用到它們的令狀，使它們得相互侵入彼此的特殊的領域中。正和“审問处”一样，后座法院（Court of Queen's Bench）、民事高等法院（Common Pleas）和理財法院（Exchequer）在理論上都是从一个較高的权威分出来的机关，并且每一个机关都分別主管一类特种案件，这类案件被假定是由其管轄权的泉源委托給它的；不过当时羅馬“审問处”在数量上远不止三个，如要把分屬於每一个“审問处”审判权的各种行为加以区别，远不及把韋斯敏斯德三种法院的範圍加以划分那样便当。在各个不同的“审問处”的範圍之間划一条正确分界綫是有困难的，因此这样多的羅馬法院有时造成了許多不便；我們很惊異地讀到，当一个人所犯的罪行不能立即明了究竟应屬哪一个类别时，他可同时或連續地在几个不同的“委员会”中被提出控訴，以至有一个“委员会”宣布它有权来認定他有罪；并且，虽然某一个“审問处”的定罪可以排斥其他“审問处”的审判权，

但某一个“审問处”所作的无罪开釋不能作为另一个“审問处”提出控告时的辯护。这和羅馬民事法律的規定直接相反；我们并且可以确定，象羅馬人那样对法律学中的变例（或者用他們的意义深长的成語粗野）十分敏感的人民，是不会長期容忍这种情况的，如果不是“审問处”的憂郁的历史使它們被認為是党派手中的暫時武器，而不是惩治犯罪的常設机构。皇帝不久就消除了这种审判权的重复和冲突的現象；但可以注意的是他們並沒有消除犯罪法中的另一个特点，这是和“法院”的数量有密切关系的。甚至包括在查斯丁尼安“民法大全”中的犯罪分类也是非常反复多变的。事实上每一个“审問处”都把自己局限于由其特許状委托給它审判的各種罪行。但这些罪行在原来制定法中所以归类在一起，只是因为在这一項制定法通过时这些罪行恰巧同时需要法律加以懲罰。因此，在这些罪之間未必一定有任何共同之点；但是它們在一个特定“审問处”中构成一特定的审判題目，这一个事实很自然地会給羣众以深刻的印象，同时在同一制定法中所提到的各种罪行之間的联系又是如此的根深蒂固，甚至在西拉和奥古斯多皇帝正式企圖整理羅馬犯罪法时，立法者还是保留着旧的分类方法。西拉和奥古斯多的制定法是帝国刑事法律学的基础，这些制定法所傳給法律学的有些分类是非常特別的。我試举一个簡單的例子，伪証是始終和割伤以及毒杀归类在一起，这无疑是由于一条西拉法律即“哥尼流暗杀和毒杀律”（Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis）曾把这三种形式的罪行的审判权給与同一个“永久委员会”。同时可以看到，这种罪行的任意归类也影响到羅馬人的方言。人民自然地养成这样一种習慣，即把列举在一条法律中的各种罪行用單子上的第一个名称来称呼它，而这个名称也就用来称呼授权审判这些罪行的法院。凡是由“通奸审問处”（Quaestio De Adulteriis）审判的罪行便都称为“通奸罪”（Adultery）。

我对羅馬“审問处”的历史和特征所以不厭其詳地加以說明，是因为一个刑事法律学的形成从沒有在任何其他地方这样有啓發地例証过。最后的一批“审問处”是由奥古斯多皇帝加設的，从这时候起，羅馬人可以說已具有一个相当完全的犯罪法了。和它發展的同时，类推的过程繼續进行着，我把这个过程称为把“不法行为”改变为“犯罪”，因为，虽然羅馬法立机关对于比較兇暴的罪行並沒有廢止民事救济，它給被害人提供了他一定願意选择的一种賠償。但是，即在奥古斯多完成其立法以后，有几种罪行仍繼續被視為“不法行为”，而这些罪行在現代社会看起来，是應該作为犯罪的；直到后来，在一个不能确定的时期，当法律开始注意到一种在“法学彙纂”中称为非常犯罪(*crimina extraordinaria*)的新的罪行时，它們才成为刑事上可以处罰的罪行。无疑的，有一类行为，羅馬法律学理論是單純地把它們看做不法行为的；但是社会的自尊心日益提高，反对对这些行为的犯罪者在給付金錢賠償損失以外不加其他較重的处罰，因此，如果被害人願意时，准許把它們作为非常(*extra ordinem*)犯罪而起訴，即通过一种在某些方面和普通程序不同的救济方式而起訴。从这些非常犯罪第一次被承認的时期起，羅馬国家的犯罪表一定和現代世界任何社会中所有的同样地長。

我們沒有必要詳細描写羅馬帝国执行犯罪司法的方式，但須注意，它的理論和实践都对現代社会發生有力的影响。皇帝們并不直接廢棄“审問处”，在开始时，他們把一种广泛的刑事审判权交给“元老院”(Senate)，虽然事实上它其中可能显得很卑賤，但在这个“元老院”中皇帝在名义上也和其余的人一样只是一个“議員”(Senator)。皇帝在开始时就主張要有某几种并行的犯罪审判权；这种审判权跟着对自由共和国的記憶日益衰退而堅定地扩大着，它占取了古法院的权力。逐漸地，对犯罪的懲罰权移轉給直接由

皇帝委派的高級官吏，“元老院”的特权移轉到“帝国枢密院”(Imperial Privy Council)，“帝国枢密院”也就成了一个最后刑事上訴法院。在这些影响下，現代人所熟悉的学理在不知不覺中形成了，即君主是一切“公道”的泉源，是一切“美德”的受託人。帝国在这时候已达到完善的地步，这不是不断增長阿諛和卑賤的結果，而是帝国集权的結果。事实上，刑事公道的理論已几乎回到了它开始的出發点。它开始时相信應該由集合体用其自己的手来报复其自己的不法行为；它最后所采的学理則以为犯罪的懲罰在一种特殊方式中屬於君主，他是人民的代表和受托人。这种新的見解和旧的見解不同，主要在于公道监护所給予君主个人的敬畏和庄严气概。

羅馬人对于君主和公道关系的一个較近的見解，当然有助于使現代社会可以无須經過这一系列的变化，象我在“审問处”的历史中已經例証过了的。在居住于西欧的几乎所有民族的原始法律中，都有这样一个古代概念的迹象，即犯罪的处罰屬於自由人的議會，在有些国家中——据說苏格兰是其中之一——現存司法机关的淵源可以追溯到立法机关的一个“委员会”。但犯罪法普遍由于两种原因而得到更快的發展，这两种原因，即羅馬帝国的回忆和教会的影响。一方面，凱撒的威严傳統由于查理曼王朝的暫時得势而被保全，使君主具有一个蛮族酋長所决不能获得的一种威望，并使最小的封建主也有了社会保护人和国家代表人的資格。另一方面，教会急于控制兇暴殘忍行为，对比較严重的恶行树立懲罰的权威，在“聖經”的有些章节中，有些語句同意以刑罰之权授与民事高級官吏。“新約全書”認為世俗統治者的存在是为了使作恶之人有所恐惧；“旧約全書”認為“流入血者，人亦流其血”。我以为，毫无疑問，对于犯罪問題的各种現代观念都根据“黑暗时代”教会所主張的两种假定——第一，每一个封建統治者在他的地位上得比拟于

圣·保罗 (Saint Paul) 所談到的羅馬高級官吏；其次，他所要懲罰的罪行是“摩西十誡” (Mosaic Commandments) 中規定要禁止的，或是教會並不保留在其自己審判權之內的。“異端” (Heresy) (被假定為包括在“第一誡”和“第二誡”中的)、“通奸”和“偽証”是宗教罪行，教會只允許世俗權力在發生非常嚴重案件時才予以合作以便課以較重的刑罰。同時，它教導我們，各式各樣的謀殺和強盜案件之所以都屬於民事統治者的管轄，這不是由於他們地位的偶然結果，而是由於上帝的明白命令。

在關於阿尔弗烈德国王 (King Alfred) (垦布尔，卷二，第209頁) 的著作中，有這樣一段，特別明顯地說明在他的時代關於刑事審判權的起源流行着的各種觀念的爭論。可以看到，阿尔弗烈德認為它半屬於教會權威，半屬於“國會議員” (Witan)，他明白主張反叛地主罪可以不受普通規定的管轄，正和羅馬“大法” (Law of Majestas) 規定反叛凱撒罪應不受普通規定管轄相同。“在這以後”，他說，“有許多國家接受了对基督的信仰(有許多宗教會議遍及地球各處，在英國人中當他們接受了基督信仰，不論對神聖主教的，或是对崇高的‘國會議員’的)之後，也是如此。他們於是規定，由於基督的慈悲之心，世俗的君主們在取得他們的許可後，得不犯罪過而對每一惡行取得他們所規定的以金錢表現的博脫 (bot)；除了反叛君主外，對於這種情形，他們是不敢給與任何慈悲的，因為‘全能的上帝’對於藐視‘他’的，不為定罪，基督對於把‘他’出賣致死的，也不為定罪，‘他’命令一個君主應該受人愛戴，象‘他自己’受人愛戴一樣。”